Class 265.55Q Book H671
1

General Theological Seminary Library
CHELSEA SQUARE, NEW YORK

EX LIBRIS
Leicester Crosby Lewis, S.T.D.
G. T. S. 1912
VICAR OF ST. LUKE'S CHAPEL
TRINITY PARISH, NEW YORK
1945-1949

QUASIAFFINITÄT.

RECHTSHISTORISCHE UNTERSUCHUNGEN ÜBER AFFINITÄTS-WIRKUNGEN DES VERLÖBNISSES NACH WELTLICHEM UND KIRCHLICHEM RECHTE

(IMPED. PUBLICAE HONESTATIS)

VON

DR. WALTHER v. HÖRMANN

A. Ö. PROFESSOR DER RECHTE AN DER K. K. UNIVERSITÄT INNSBRUCK.

I. ABTHEILUNG:

RÖMISCHES UND BYZANTINISCHES RECHT.
LEHRE DER ORIENTALISCHEN KIRCHE.

INNSBRUCK.
VERLAG DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.
1897.

QUASIAFFINITÄT.

RECHTSHISTORISCHE UNTERSUCHUNGEN ÜBER AFFINITÄTS-WIRKUNGEN DES VERLÖBNISSES NACH WELTLICHEM UND KIRCHLICHEM RECHTE

(IMPED. PUBLICAE HONESTATIS)

VON

DR. WALTHER v. HÖRMANN

A. Ö. PROFESSOR DER RECHTE AN DER K. K. UNIVERSITÄT INNSBRUCK.

I. ABTHEILUNG:

RÖMISCHES UND BYZANTINISCHES RECHT.
LEHRE DER ORIENTALISCHEN KIRCHE.

INNSBRUCK.
VERLAG DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.
1897.

NEW YORK
LIBRARY
GEOLOGY - MINERALOGY

DRUCK DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKEREI.

Meinen lieben Eltern

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

265.55 Q
H671
1

114870

Vorwort.

Mit vorliegendem Bande übergebe ich der Oeffentlichkeit den ersten Theil einer grösseren Monographie, die sich zur Aufgabe gestellt hat, die Lehre von der Quasiaffinität, insoweit dieselbe sich hauptsächlich auf sogenannte Affinitätswirkungen des Verlöbnisses gründet, in ihrer historischen Entwicklung zu erforschen und darzustellen.

Ursprünglich gieng meine Absicht dahin, nur die kirchliche Rechtsbildung in dieser Materie, wie sie sich in dem kanonischen impedimentum iustitiae publicae honestatis vel quasiaffinitatis verkörpert hat, einer näheren Untersuchung zu unterziehen. In dieser Hinsicht verdankt diese Arbeit, wie meine derselben vorausgegangene Untersuchung über das imped. aetatis [1]) ihre Entstehung jener intensiven Anregung, welche die kanonistische Wissenschaft unseres Jahrhunderts auf dem Gebiete des Eherechts durch das grundlegende Werk von Freisen [2]) erfuhr. Gerade im Sinne des Wunsches, den dieser Gelehrte in der Vorbemerkung zur zweiten Ausgabe seines Werkes [3]) aussprach, soll diese

[1]) Die Desponsatio impuberum, ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des can. Eherechts, Innsbruck 1891.

[2]) Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur, zweite mit einer Vorbemerkung versehene Ausgabe, Paderborn 1893.

[3]) l. c. S. XVIII.

Arbeit wie viele andere von demselben Impulse schon hervorgerufene einen weiteren Beitrag liefern zur vollständigen Darstellung der Geschichte des canonischen Eherechts, indem sie versucht, über die bisher vielfach umstrittene geschichtliche Grundlage und Entwicklung der genannten kirchlichen Lehre endgiltige Klarheit zu schaffen. Dieser kanonistische Theil bildet auch jetzt noch vornehmliches Ziel und Inhalt meiner Arbeit, wird aber erst mit dem zweiten Bande, der, bereits vorbereitet, noch einer Revision bedarf, zur Veröffentlichung gelangen.

Je mehr ich jedoch im Laufe des Studiums nach den historischen Grundlagen der kirchlichen Lehre forschte, mehrte sich mir, sozusagen unter den Händen, jenes Material, welches auf den Einfluss weltlicher Rechtsbildung hinwies. In der Einleitung zum vorliegenden Bande wird noch näher begründet werden, warum mir schon a priori das Eingehen auf die Lehre des jeweiligen zeitgenössischen Civilrechtes unerlässlich für die exacte Durchforschung kirchlicher Rechtsbildung erscheint. Für die behandelte Frage jedoch wird dort besonders auf den Einfluss des römischen und deutschen Eherechts hingewiesen werden. Nicht allein schon der Umstand, dass ich aus der sonst überaus dankenswerten Darstellung Freisen's l. c. S. 497 fg. mir nicht befriedigende Aufklärung verschaffen konnte, wie weit die von ihm behauptete und theilweise nachgewiesene Selbständigkeit der Bildung des canonischen imped. publ. honestatis gehe, namentlich welcher Antheil dem unleugbaren Einflusse der entsprechenden Normen des röm. Civilrechts zufalle und ob nicht vielleicht auch eine Einwirkung des deutschen Rechts hier stattgefunden habe — nicht allein das Bedürfnis nach Aufklärung in diesen Punkten, sondern ganz besonders der Mangel einschlägiger Vorarbeiten im deutschen und römischen Rechte (bezüglich des letzteren vereinzelte Ausführungen bei Klenze und Voigt ausgenommen), führte mich dazu, die fragliche Materie auch für das Gebiet der genannten Civilrechte möglichst eingehend zu bearbeiten. Die diesbezüglich erreichten, soweit ich sehe, neuen Resultate entschädigten mich für die viele Mühe des Arbeitens auf ungewohntem Felde, zugleich konnte ich nun mit grösserer

Sicherheit mir ein Urtheil über die in der modernen canonistischen Literatur noch controverse Frage bilden, ob überhaupt das in Rede stehende canonische Ehehindernis selbständigen kirchlichen Ursprungs sei oder nicht.

Um nun die auf römisches Recht eingehenden Nebenuntersuchungen mit dem Haupttheile der Arbeit möglichst zu verbinden und einestheils ein einheitliches Ganzes zu schaffen, anderentheils der Forschung das Gepräge allseitiger Vollständigkeit zu geben, dehnte ich die Abhandlung über die Quasiaffinitätslehre des römischen Rechts auf die Fortentwicklung derselben im byzantinischen Rechte aus. Indem ich mit dieser Darstellung jene der griechisch-kirchlichen Rechtsbildung, weil zum Verständnis der auf ihr beruhenden byzantinischen Reformen unbedingt nöthig, verband und hieran eine kurze Untersuchung über die Schicksale dieser Doctrin im nachjustinianischen Rechte des Abendlandes schloss, hatte ich einerseits alles auf römisches Recht zurückgehende Material und die entsprechenden Forschungsresultate in ein Ganzes zusammengefasst und zugleich Vorbereitung und Uebergang zur Darstellung der Lehre der lateinischen Kirche gewonnen.

Dieses Ganze, in sich abgeschlossen und möglichst einheitlich gehalten, bildet den ersten, nunmehr vorliegenden Band der Arbeit; der zweite wird, wie schon angedeutet, die gesammte Rechtsentwicklung der Lehre in der lateinischen Kirche, ferner, in dieselbe an geeignetem Orte eingeschaltet, die Untersuchung der Lehre für das jüdische sowie für das ältere deutsche Recht, dessen Bedeutung für die Frage bisher nicht beachtet wurde, enthalten und mit einem Ueberblicke über die moderne Rechtsentwicklung und den Standpunkt der herrschenden Lehre in der untersuchten Frage abschliessen.

Die Bestrittenheit der ganzen Materie, die Unklarheit über den eigentlichen Ursprung und die Ausbildung des genannten canonischen Ehehindernisses rechtfertigen die unternommene Arbeit noch mehr als etwa der nebensächliche Umstand, dass diese ganze Lehre bisher nirgends mehr als skizzenhaft (Freisen's Darstellung allein ausgenommen) berücksichtigt wurde. Wenn trotz

aller Gewissenhaftigkeit in der Darstellung der civilrechtlichen Entwicklung manches nicht die volle Billigung der Fachkundigen finden und hier und dort Mängel aufweisen sollte, die den unsicheren Schritt des Fremdlings bekunden, so möge man dem Umstande Rechnung tragen, dass ich als Nichtfachmann mir grösstentheils ferne stehende Rechtsgebiete betrat, deren volles Erkennen stets mit grossen Schwierigkeiten verbunden ist und weitgehende Detailkenntnisse, jahrelanges Studium erheischt, für welche Bedingungen mir die Zeit ihr Veto sprach. Jedenfalls habe ich nach meinen besten Kräften versucht, den Forderungen exacter Forschung Genüge zu leisten. Für manchen freundschaftlichen Wink, der mir von Fachmännern in collegialer Weise zu Theil wurde, habe ich hiebei dankbar zu sein.

Für den kanonistischen Theil der Arbeit, der bereits im ersten Bande theilweise (griechisches Kirchenrecht) in anticipative Behandlung kommt, hoffe ich wohl die Anerkennung beanspruchen zu dürfen, dass ich kein noch so unbedeutend erscheinendes Beweismoment, Quellenmaterial oder Literaturcitat ausser Acht liess, um den Spuren der kirchlichen Rechtsbildung so lückenlos und unanfechtbar als möglich nachzuforschen. Dass hier insbesonders die vielfach terra incognita bildende Entwicklung in der griechischen Kirche bedeutende Schwierigkeiten bot und bei der mühsamen Auffindbarkeit und Behandlung des verstreuten Quellenmaterials ebenso zeitraubend wie entnüchternd war, wird ein wohlwollender Leser gewiss nicht verkennen. Für diese Mühe werde ich hinreichend mich entschädigt fühlen, wenn die erlangten Resultate im Ganzen und Grossen die Billigung der fachmännischen Kritik finden. Auch diesbezüglich werde ich jeden Wink und jeden Rath dankbar zur Kenntnis nehmen.

Was äussere Momente, Form und Anlage der Arbeit betrifft, so sei zum ersten Bande folgendes Wenige bemerkt:

Vor Allem habe ich vielfach für die Beziehung zwischen einem Brauttheil und den Blutsverwandten des anderen den Ausdruck „Sponsalaffinität“ angewendet. Obwohl eine solche technische Bezeichnung völlig neu ist und in ge-

wissem Sinne auch nicht ganz zutreffend genannt werden könnte, habe ich dieselbe doch dem zu allgemeinen technischen Ausdrucke „Quasiaffinität“ vorgezogen, wenn es galt, für die genannte uneigentliche Schwägerschaftsbeziehung einen möglichst klaren und zusammenfassenden kurzen terminus technicus zur Hand zu haben und so eine sonst unvermeidliche schleppende Redeweise vermeiden zu können. Was ferner die oft gerügte, oft gewünschte wörtliche Anführung der benützten Quellenstellen betrifft, so habe ich für das Gebiet des römischen und byzantinischen Rechtes mit Ausnahme sehr wichtiger Belege mich grösstentheils auf die blosse Citirung des Fundortes beschränkt, da die betreffenden Quellensammlungen jedem Fachmann zur Verfügung stehen. Für die byzantinischen Scholien und Commentatoren, sowie überhaupt für das Gebiet der orientalischen Kirche hielt ich die Anführung der im Haupttexte behandelten wichtigeren Quellen für unerlässlich, einmal schon deswegen, weil die betreffenden Quellensammlungen (z. B. Syntagma Rhalli et Potli (Σ), Patrologia graeca etc.) nicht in jeder Bibliothek zur Verfügung stehen. Insbesondere war ich zu diesem Vorgange dann genöthigt, wenn es sich um eine Polemik gegenüber einer anderweitigen Interpretation oder überhaupt um eine unsichere, zweideutige Quellenstelle handelte. Die treffenden Gründe, die in solcher Hinsicht Freisen an der Spitze seines genannten mustergiltigen Werkes [1]) auseinandergesetzt hat, haben auch mich hiebei geleitet. Vielfach habe ich auch verschiedene Quellenausgaben neben einander citirt, um das aus den obenangegebenen Ursachen oft erschwerte Auffinden von Belegstellen dem Leser zu erleichtern. Dies gilt speciell von Migne's Patrologia graeca (M. P. G.), welche ich, obwohl die obcitirte officielle Ausgabe griechischer Rechtsquellen bedeutend höheren kritischen Wert hat und auch wegen der sonstigen Zuverlässigkeit von mir vorgezogen wurde, nebenher citire, da sie leichter zugänglich ist und in einer Ausgabe auch eine leidliche lateinische Uebersetzung enthält.

Man möge endlich nicht über die Unzahl von Anmerkungen klagen. Sie sind, abgesehen von blossen Quellencitaten, durch das Be-

[1]) l. c. Vorrede zu 1. Ausgabe, S. VII Zeile 20 fg. v. o.

dürfnis unerlässlich geworden, viele Detailfragen, so besonders Kritik und Polemik gegen andere Gelehrtenmeinungen, ferner Analogien, Verweise auf andere Materien und deren flüchtige Skizzirung etc. vom Haupttexte abzusondern, um diesen nicht zu überlasten und von schleppendem Beiwerk möglichst frei zu halten. Im Haupttexte erscheint daher für den flüchtigeren Leser der Hauptgang der Beweisführung und deren wesentliche Momente zusammengedrängt. Da es sich hiebei vielfach um neue Quellen oder um neue Ansichten handelte, musste manches wiederholt, manches ausführlicher berücksichtigt werden.

Die einschlägige Literatur glaube ich vollständig herangezogen zu haben, soweit sie mir überhaupt zugänglich sein konnte. Ich bin in letzterer Hinsicht namentlich der löbl. k. k. Universitätsbibliothek in Innsbruck, sowie der k. und k. Hofbibliothek und der k. k. Universitätsbibliothek zu Wien, schliesslich den königl. Bibliotheken zu München und Bamberg für besonderes liberales Entgegenkommen bei der Beschaffung und Benützung manches schwer zugänglichen Materials zu wärmstem Danke verpflichtet.

Zu gleich dankbarer Anerkennung fühle ich mich endlich gegenüber der hervorragenden Verlagsfirma verbunden, welche den Druck des umfangreichen, rein wissenschaftlichen Werkes in uneigennützigster Weise übernahm und den besonders in der zweiten Hälfte des ersten Bandes äusserst schwierigen Notendruck, sowie die sonstige Ausstattung in der gewohnten sorgfältigsten Weise durchführte.

Bemerkungen über Form und Inhalt des zweiten Bandes behalte ich einer besonderen Vorrede zu diesem vor.

Ich schliesse mit der Hoffnung, es möge eine wohlwollende Aufnahme des ersten Bandes mir zu einem günstigen Omen für die ehebaldigst folgende Veröffentlichung des Haupttheils meiner Untersuchungen werden.

Innsbruck, im October 1896.

Walther v. Hörmann.

I. Abtheilung:

Römisches und byzantinisches Recht. Lehre der orientalischen Kirche.

Inhaltsübersicht.

(I. Band).

Seite

Einleitung . . . . . 1—8

Die Aufgabe, Begründung des Eingehens auf die wichtigeren weltlichen Eherechte, besondere Bedeutung der römisch-rechtlichen Normen (5), Grundzüge der herrschenden Lehre (7).

Erster Abschnitt: Eigentliche und fingirte Affinitätsverhältnisse im röm. Rechte bei Justinian. 9—97

1. Juristische Construction des Affinitätsbegriffs im älteren röm. Recht, Zusammenhang mit Sacral- und pontificischem Recht (9). 2. Hervortreten des ethischen Momentes und entsprechende Ausdehnung des Affinitätsbegriffes, insbesondere Einbeziehung des Brautverhältnisses als Thatbestands, Rechtsfiction statt Rechtsanalogie (10). 3. Begrifflicher Unterschied zwischen Ehe und Verlöbnis im classischen Recht (12). 4. Verlöbnisbegriff dieser Periode (12). 5. Uebersicht der älteren Entwicklung des röm. Eheschliessungsrechts, analoge Gestaltung des Verlobungsactes (14), Beibehaltung der alten feierlichen Form, sponsio-stipulatio, Zusammenhang mit Sacralrecht und coemptio, spätere Terminologie, Verschwinden des rechtlichen Unterschieds dieser Formalakte (16). 6. Civilrechtliche Wirkung des Verlöbnisses im alten Rechte, Klagbarkeit? Ethische Bedeutung der Sponsalien jener Zeit (18). 7. Spätere Erweiterung der Rechtswirkungen des Verlobungsaktes, Verwischung der Grenzen zwischen Verlöbnis und Ehe in der Sitte und im Rechte (21). 8. Ersatz für die verschwundene Sponsalklage in rechtlichen Schutz- und Bestärkungsmitteln (25). 9. Gleichbehandlung von Ehe und Verlöbnis, Einbeziehung der Verlobten unter die Affinen (26), Ursprung dieser Sitte, Gegensatz von Recht und Volksanschauung, Uebergangsperiode (28). 10. Grenzen der Untersuchung über Quasiaffinität. Allgemeinere Construction des Affinitätsbegriffes in der republik. Gesetzgebung, spätere Interpretation (28). 11. Consequenzen dieser Rechtsbildung, Einbeziehung des Stiefverhältnisses unter Affinität, Sponsalaffinität, Einfluss des alten androkratischen Systems auf posi-

Seite

tive und negative Affinitätswirkungen (29). 12. Gang und Charakter der weiteren Entwicklung. Motive der Gesetzgebung, Eheverbote der Jurisprudenz, Justinian (31). 13. Affinitätswirkungen des Brautverhältnisses in Gesetzen zu Gunsten von Verwandten (33), Reform des Augustus (36). 14. Sponsalaffinität in die Affinen beschränkenden Gesetzen (39): Zeugnispflicht, lex Cincia, lex Furia. 15. Erweiterung der ethischen Grundlage, lex Pompeia (42). 16. Gleichstellung der sponsi mit conjuges in Gebräuchen unter Verwandten und im socialen Verkehre: ius osculi (45), Familiengericht und officium lugendi (46). 17. Das prätorische Edict Infamia notatur und einschlägige Gesetze (47). 18. Fiction des Servius zur Begründung solcher Gleichstellung (50), Anwendung dieses Satzes in der späteren Jurisprudenz: Pomponius, Gaius, Ulpian, Julian, Paulus. Betonung des Vertragscharakters vom sponsalia und matrimonium (55). 19. Abschwächung dieser excessiven Gleichstellung in der Folgezeit, principielle Einschränkung des Affinitätsthatbestandes auf Ehe allein, Standpunkt der Gesetzgebung (57). 20. Spätere Bedeutung dieser Lehre. Rechtseffect der Schwägerschaft überhaupt (58). 21. Entwicklung der Eheverbote wegen Affinität im älteren Rechte (62), uneigentliche Affinitätsbeziehungen, Ableitung ähnlicher Verbote aus sponsalia bei Augustus und Julian (64). 22. Affinitätslehre der klassischen Zeit, extensive Interpretation der Verbote, Ulpians Lehre (67). 23. Die einzelnen Eheverbote wegen Sponsalaffinität in Analogie zur eigentlichen Schwägerschaft (70). 24. Einreihung und Charakterisirung dieser Verbote, Motive derselben (73). 25. Wirkung dieser Normen. Begriff der honestas matrimonii als ethisches Moment im Rahmen der Eheverbotslehre, Quellenbelege (77). 26. Anwendung dieser ratio legis (81). 27. Sonstige Arten nachgebildeter Affinität in der classischen Jurisprudenz (82). 28. Affinitätswirkung nicht consumirter und ungiltiger Ehe (85). 29. Nachträge und Rückblick (87).

Zweiter Abschnitt: Affinitätswirkungen des Verlöbnisses im nachjustinianischen Rechte 97—306

30. Einleitung (97).

A. Byzantinisches Recht.

1. Bis zur Redaction des Civilrechts durch die Basiliken. 100—128

31. Quellenmaterial, Betonung des Brautstandes, Gleichstellung desselben mit Ehe in der byzantinischen Gesetzgebung, Inter-

Seite

polation des trullan. Kanon (103), anderweitige Fragen, Verlöbnisunterscheidungen (107). 32. Affinitätslehre des byzantinischen Rechts (108), Eheverbote wegen eigentlicher Schwägerschaft (110), uneigentliche Affinität (111). 33. Behandlung der Sponsalaffinität und Eheverbote wegen derselben (113), § 9 Inst. 1, 10 (114). 34. Theophil's Institutionenparaphrase (115). 35. Standpunkt der Scholienliteratur (117), Interpolationen (119). 36. Einfluss kirchlicher Anschauung (120) und darauf zurückgehende Scholien. 37. Die Eheverbote wegen Sponsalaffinität in den späteren byzantinischen Codificationen: Ecloga, Prochiron, Epanagoge, Basiliken (122). 38. Betonung der honestas matrimonii (126). 39. Rückblick (127).

2. Umgestaltung der Lehre durch das Verlöbnissrecht der orientalischen Kirche. 128—297

40. Anfänge und Grundlagen der Entwicklung, Wege der Untersuchung (128).

a) kirchliche Beurtheilung des Verlöbnisses gegenüber dem Civilrechte.

α. Kirchliche Lehre bis zur trull. Synode (692). 131—160

41. Erhöhung der Verpflichtungskraft des Verlöbnisses (131), Betonung der Form und Ceremonie, günstige civilrechtliche Momente, die 74. Novelle Justinians und ihre Bedeutung zur Frage (142). 42. Dogmatische Momente. Biblischer Sprachgebrauch, Einfluss mosaischer Rechtsauffassung (147), Folgen dieser Beurtheilung des Verlöbnisses (149). 43. Frage der Lösbarkeit der Sponsalien (152). Einverständliche Lösung, Ausdehnung der Ehebruchsstrafe auf unzüchtige Verletzung des Verlöbnisses im bürgerlichen und kanonischen Rechte (154). Erfordernis des repudium bei einseitiger Lösung (158), Uebergang zum 98. trull. Kanon.

β. Can. 98 Synodi Trullani. 161—179

44. Analyse der Norm, deren Voraussetzungen und Anwendung (162). 45. Praktische Folgen des Kanons (166), Kern der Entscheidung (171), äussere Veranlassung desselben (172). 46. Interpretation und Verwerthung des Kanons in der Folgezeit (173), Folgerungen aus demselben in Praxis und Doctrin (175). Rückwirkung der Norm auf die Behandlung der Bigamie (176), der Affinitätslehre (177), Beeinflussung staatlicher Rechtsquellen durch dieselbe (178).

γ. Benediction in Verbindung mit Sponsalien. 179—232

Seite

47. Theorie Zhishman's über Verlöbnisseinsegnung (180). 48. Polemik gegen diese Lehre (184), praktische und dogmatische Gegengründe, Kritik der Quellen. Es gibt vor dem elften Jahrhundert keine Benediction als Verlöbnisform (187), Art der kirchlichen Intervention. Verschiedene Beurtheilung der Benediction in Staat und Kirche (191). 49. Entfallen dieses Gegensatzes mit Anerkennung der Benediction als staatlicher Eheschliessungsform. Fortbestehen des Widerspruches canonischer und civilrechtlicher Auffassung für den Fall einer Benediction Unmündiger (193). Beurtheilung dieses speciellen Falles nach Civil- und kirchlichem Recht (195), Lösungsversuche der Epanagoge (197). 50. Die 74. Novelle Kaisers Leo phil. Interpretation derselben gegenüber jener Zhishman's, Begründung des abweichenden Standpunktes (200), 51. Legislatorische Tendenz der Novelle (207), Nov. 98 und 109 dieses Kaisers (207), Einführung der eheschliessenden Benediction in das Civilrecht, Euchologie nirgends Verlöbnisform (209). 52. Quellen nach Leo phil. (210), Kritik der Interpretation Zhishman's (211), keine Verlöbnisbenediction bei Patr. Alexius, Peira (213), Patr. Johannes VIII. Xiphil. (216). 53. Entstehen neuer Terminologie (219) Unsicherheit der Praxis. Gegensätze zwischen Basiliken, Leo's Novellen und der kirchlichen Lehre (220). Keime der späteren Verlöbnisbenediction (225). 54. Abweichende Interpretation der leon. Nov. 74 im Interesse der Kirche (226), Standpunkt der Praxis (229). Verwirrender Einfluss der Decrete des Patr. Johannes VIII. Xiphil. (230) und der Bestätigungsbulle Kaisers Nicephor Botaniates.

δ. Die Reform Kaisers Alexius I. Comnenus 232—243

55. Inhalt der zwei Reformnovellen, Tendenz und Resultat der Reform (236). 56. Practische Consequenzen derselben (238), die neue Verlöbnisbenediction, Opposition der Kirche (240).

b) Affinität und Sponsalaffinität in der orient. Kirche. 243—297

57. Einleitung, Gang der Untersuchung (243).

α. Kirchlicher Affinitätsbegriff. 243—264

58. Ursprüngliche Affinitätslehre, das Princip des Kirchenvaters Basilius, Einschränkung desselben durch die Legislative (245), unitas carnis als Affinitätsthatbestand, biblisch-mosaisch-rechtliche Auffassung, Gegensatz zur civilrechtlichen Lehre (247), neue Grundlagen der kanon. Affinitätslehre (249). 59. Verschwinden dieses Gegensatzes zum Civilrechte (251), die Definition Theophils

Seite

von der Kirche acceptirt (252), neue Auslegung des Begriffes der unitas carnis (253), Auftauchen des Momentes der honestas matrimonii im Tomus Sisinnii (255). 60. Folgerungen aus dieser Entwicklung (260), Uebergang zur Lehre von der Sponsalaffinität (263).

β. Die kirchliche Lehre von der Sponsalaffinität 264—275

61. Stellung der Kirche zu den Verboten des justin. und byzant. Rechts (265), Erweiterungsversuche, praktische Anwendung (266). 62. Einfluss des tomus Sisinni (268), Fortbildung der Lehre durch Eustathius Patr., die Peira und Patr. Alexius (270).

γ. Die Synodaldecrete des Patr. Johannes VIII. Xiphilinus (1066/67). 275—281

63. Inhalt und Zweck derselben, civilrechtliche Bestätigung durch Kaiser Nicephor Botaniates (280).

δ. Die alexianische Reform. 281—297

64. Tendenz und Inhalt derselben (282). 65. Praktische Anwendung, Ergänzung und Consequenzen der Reform (287), Haltung der Kirche (289). 66. Schlussbetrachtung (295).

B. Nachjustinianisches Recht im Abendlande. 297—306

67. Römisches Recht in Quellen civilrechtlichen Charakters (298). 68. Röm. R. in Quellen kirchlichen Ursprungs (303).

Einleitung.

Gleich der Entwicklung des Kirchenrechtssystems im Allgemeinen fusst auch jene des kirchlichen Eherechts als eines seiner wichtigsten Theile auf einem Bildungsprocesse von fast zwölf Jahrhunderten. Wie immer und überall, bedeutete auch hier Entwicklung zugleich eine Zeit nothwendigen Kampfes gegen hinderliche Momente, wider gegensätzliche Ideen, die in der Wurzel angegriffen werden mussten; die Kirche hatte oft wider Recht, Sitte und Auffassung des Volkes, bezw. des Landes, in dem sie selbst aufwuchs und immer festeren Fuss fasste, anzukämpfen, versöhnliche Klugheit mit consequenter Energie vereinend, wenn sie siegen wollte. Dies galt aber nur dort, wo das jeweilige weltliche Recht Gegensätze oder Lücken aufwies, die beseitigt oder im Sinne christlicher Auffassung ausgefüllt werden mussten. Letztere Thätigkeit vor allem konnte nur derart von Erfolg begleitet sein, ja sie erforderte es oft geradezu, dass die Kirche an weltliche Normen anknüpfte, indem sie diese theils anerkannte, theils in anderer Auslegung oder mit Zusätzen verändert für ihre Mitglieder vorschrieb. Für die ersten Zeiten war diese lavierende, nach Land, Zeit und Umständen verschiedene Haltung der Kirche nirgends mehr nothwendig als auf dem Gebiete des Eherechts, das am meisten in Leben und Sitte der Gesammtheit wurzelt und in Empfinden und Handeln des Einzelnen eingreift,

daher ebenso ausdauernder und consequenter Beeinflussung, wie vorsichtiger Schonung bedurfte. So lange die Kirche kein selbständiges Eherecht besass, musste dies die Richtschnur für ihr Verhalten gegenüber weltlichen Normen sein. Aber auch später, als die kirchlichen Lehren über Ehe und Eheschliessung allmählich zu Rechtssätzen und diese — allerdings erst spät — zu einem eigenen System sich verdichteten, konnte die Kirche nicht leicht der Einwirkung weltlicher Rechtsanschauungen und nationaler Sitte sich entziehen. Vielfach hat sie sich auch in dieser Periode — denn die eherechtliche Entwicklung kann selbst dann noch nicht als abgeschlossen erklärt werden — dem gedachten Einflusse nicht widersetzt, sondern in nicht zu unterschätzendem Masse Normen der weltlichen Gesetzgebungen adoptirt oder sich von ihrem Standpunkte leiten lassen, sei es geführt vom Streben nach juridischer Durchbildung ihrer eigenen Rechtsgedanken und Rechtssätze, wie gegenüber dem römischen Rechte, sei es um durch solchen Anschluss um so sicherer zur Ausgleichung von Gegensätzen zwischen kirchlicher und weltlicher Auffassung zu Gunsten ihrer eigenen Lehre zu gelangen, wie dies gegenüber der deutschrechtlichen Auffassung vielfach der Fall war [1]). Dieses allgemein vorherrschende Verhältnis zwischen kirchlicher Rechtsentwicklung und den dem Rechtsleben der Kirche nahegestandenen historischen Rechten rechtfertigt das Eingehen auf den von diesen beobachteten Standpunkt auch bei der Untersuchung einer Detailfrage der kirchlichen Rechtsbildung zur Genüge, ist aber fast unerlässlich im Gebiete des Eherechts, wo alle die genannten Gründe in verschärftem Masse gelten, und ist unbedingt erfordert bei einer Detailfrage, welche, wie die vom Verfasser gewählte, mit den wichtigsten Fragen der kirchlichen Eherechtslehre — Eheschliessung, Eheverbote und Ehehindernisse, Thatbestand der Affinität etc. — in innigstem causalen Zusammenhange steht.

---

[1]) Vgl. Sehling, Unterscheidung der Verlöbnisse i. c. R. Leipzig 1887 p. 24, 34. Freisen, Geschichte des canon. Eherechts, 2. Aufl. Paderborn 1893, S. 91, 205. Scherer, Kirchenrecht, Graz 1891. II. 1. Th. S. 95.

Es wird daher vorerst oder gleichzeitig untersucht werden müssen, ob der von der Kirche ausgebildete Begriff des Verlöbnisses und die Berücksichtigung der im sogenannten Ehehindernisse der Quasiaffinität zum Ausdruck gebrachten Beziehung des einen Verlobten zu den Verwandten des anderen nicht schon in den gleichzeitig bestandenen weltlichen Eherechten in principiell gleicher oder in analoger Gestaltung sich vorgefunden habe, also im Rechtsleben der Kirche in dieser Lehre nur eine Anerkennung oder Weiterentwicklung eines weltlichen Rechtsgedankens erfolgt sei, oder ob die Kirche hier in ihrem Rechte auf selbständigem Wege, als Frucht ihrer eigenen Lehre, ein neues Ehehindernis ausgebildet habe. Diese Untersuchung wird bei dem schon angedeuteten Charakter der zu behandelnden Frage manche neue Gesichtspunkte betreffs des historischen Verhältnisses von kirchlichem und weltlichen Rechte hervortreten lassen. Denn der für die bezeichnete kirchliche Lehre massgebend gewesene Grundgedanke wurde — soviel darf schon im voraus angedeutet werden — gerade durch den vorübergehend ins Recht der Kirche übergegangenen und lange unvermittelt gebliebenen Gegensatz zweier weltlicher Eheschliessungsrechte — des römischen und deutschen — sowie durch den wesentlichen Unterschied zwischen den Grundlagen der kirchlichen und römisch-rechtlichen Affinitätslehre geschaffen. Was in letzterer Hinsicht in den weltlichen Normen als verwandter Standpunkt erscheinen mochte, hat auf die kirchliche Rechtsentwicklung erst spät, aber deswegen nicht nebensächlich, Einfluss gewonnen.

Von den in Frage kommenden weltlichen Eherechten soll das mosaische und deutsche nur flüchtig berührt werden. Denn so wenig man bezüglich des ersteren den Einfluss jüdischer Eherechtssätze auf die christliche Lehre, namentlich für die Anfänge kirchlicher Rechtsentwicklung, unterschätzen darf, so kann, wie jüngst [1]) mit Recht betont wurde, diese Einwirkung doch

[1]) Vgl. Sehling, Unterscheidung etc. 1887. S. 24, 26 n. 4, 5, S. 28 n. 2, S. 50. Scherer, a. a. O. II, S. 96 n. 7. Ders. in Literar. Rundschau,

nicht als so nachhaltig und massgebend hingestellt werden, wie dies Freisen [1]) zur Unterstützung seiner Copulatheorie annehmen zu dürfen glaubte. Für unsere Frage muss in der That ein derartiger Einfluss völlig negirt werden [2]). Das letztgesagte gilt in gewissem Masse auch vom deutschen Eherechte, obwohl wir eine Beeinflussung der kirchenrechtlichen Entwicklung durch dasselbe nicht werden läugnen können [3]). Vielfach lag die Sache jedoch umgekehrt, namentlich in fränkischer und späterer Zeit; die ganze Lehre von den Ehehindernissen, soweit sie nicht auf ganz allgemeinen oder socialen Grundlagen beruht, ist, besonders das Verbot der Verwandtschaftsehe und das Ehehindernis der Schwägerschaft, in das deutsche Recht erst durch die Kirche eingeführt bezw. dort im Zusammenhang mit kirchlicher Entwicklung weiter ausgebildet worden [4]). Für unsere Detailfrage bietet uns, um nur ein schlagendes Beispiel anzuführen, einen eclatanten Beleg hiezu die jedenfalls auf kirch-

---

Jahrg. 1888. S. 74. Meurer, in krit. VJSchr. f. Gsgbg. Bd. 32 (a. F.) 1890. S. 595, 602. Dagegen Schulte, Geschichte der Quellen und Literatur, Stuttgart, 1875. I, 32.

[1]) So besonders p. XI Vorrede zur 1. Auflage, p. XXII Vorbem. zur 2. Aufl. Nicht so entschieden spricht Freisen sich im Texte aus, S. 92, 206, 848. Jedenfalls sind die zahlreichen, bei den einzelnen Materien angeführten Berührungspunkte mit dem mosaischen Rechte, namentlich die in ältester kirchlicher Zeit aus demselben gebrachten Quellencitate beachtenswerth, doch ist ihr Einfluss auf die kirchl. Rechtsentwicklung nur vorübergehend gewesen. Vgl. bes. ebd. S. 151 ff.

[2]) So auch Freisen, a. a. O. S. 497 A. 1. Uhrig, System des Eherechts S. 77. Jedoch vgl. Schlegel, verbotene Grade etc. Hannover, 1802 S. 220 A. 37. Glück, Pandectencommentar, Erlangen 1882. Bd. 23. S. 259.

[3]) Vgl. hiezu Sehling, a. a. O. S. 36 ff. Sohm, Recht der Eheschliessung, Weimar 1875, S. 142, 146, 115. Ders. Trauung und Verlobung, ebd. 1876. S. 60, 62: „Das mittelalterlich-canonische Recht ist lediglich eine Wiedergabe des deutschen Eheschliessungsrechtes.“ — Friedberg, Recht der Eheschliessung, Leipzig 1863, S. 22. Dagegen Freisen, a. a. O. S. 91, 158, 208 A. 8, 205. Scherer, a. a. O. S. 96 A. 9. vgl. auch S. 168. Knitschky a. a. O. S. 413. (Kritik über Sohms erstcitirtes Werk.) Hörmann, Desponsatio impuberum, Innsbruck 1891. S. 8.

[4]) Höchstens das langobardische Recht ist hier auszunehmen, da es,

lichen Einfluss zurückzuführende Constitution Heinrich III., beschlossen auf dem Reichstage zu Zürich 1054 [1]), welche nach Bestätigung der Eheverbote des Kirchenrechts und der älteren kaiserlichen Gesetzgebung ein neues Verbot der Ehe mit der Witwe oder Braut eines Verwandten unter strenger Strafsanction aufstellte; dies entsprach eben der Auffassung, die um jene Zeit die kirchliche Doctrin selbständig zu entwickeln begonnen hatte. Wie dieses Verhältnis nun im Einzelnen sich auch gestaltet haben mag, jedenfalls wird es sich nicht umgehen lassen, auch den Grundlagen des deutschen Eheschliessungsrechts einige Aufmerksamkeit zu widmen, soweit die aufgeworfene Frage dadurch an Klarheit gewinnt. Ein intensiveres Eingehen verbietet die Rücksicht auf das Thema und in nicht geringem Masse die Schwierigkeit der Untersuchung der altgermanischen Rechtsquellen, welche bei der überdies controversen Behandlung des deutschen Eheschliessungsrechtes in der modernen Literatur weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen würde.

Dagegen muss von vorneherein dem römischen Eherechte besondere Bedeutung für die Detailfrage zugesprochen werden. Dies ergibt sich schon im Allgemeinen aus dem historischen Verhältnisse zwischen diesem Rechte und jenem der Kirche. Dieses ist, soweit wir speciell das Eherecht ins Auge fassen, vom römischen Rechte in so vorwiegendem Masse beeinflusst worden, dass die Kirche selbst die subsidiäre Geltung des letzteren wiederholt ausgesprochen hat. Dies gilt insbesondere für die erste Rechtsentwicklung auf diesem Gebiete.

---

in dieser Hinsicht wenigstens, unverkennbare Spuren des directen Einflusses römischrechtlicher Auffassung zeigt. Bez. der lex Salica jedoch Brunner, deutsche Rechtsgesch. 1887. I. 239 und allgemein ebd. II. 664.

[1]) Vgl. M. G. Leg. II, 42 (St. 2452) und c. 5. liber Papiensis, ed. Boretius, M. G. Leg. IV. praef. XLIX, LXII. und p. 585. Vgl. Merkel, Geschichte des Langobardenrechts, Berlin 1850, p. 20 ff. Boretius, ital. Kapitularien S. 33. Waitz, deutsche Verfassungsgeschichte, III. S. 274. Schröder, Lehrb. d. deutschen Rechtsgesch. S. 233, 295.

Aber auch als schon der Grundsatz: Matrimonia hodie reguntur jure poli, non jure fori [1]) an Boden gewann, hat das aufblühende Studium des röm. Rechts zu einer Beeinflussung des kirchlichen Eherechts und zu einer vielfach civilistischen Behandlung der Materien desselben geführt [2]). Für die zu behandelnde Frage jedoch ist die Rücksichtnahme auf das röm. Recht geradezu unerlässlich. Das Eherecht der Römer zeigt, besonders wenn wir die in den Digesten zur Geltung gekommene Jurisprudenz ins Auge fassen, eine Auffassung und Ausdehnung des Affinitätsbegriffes, die zwar nicht in ihrem rechtlichen Grundgedanken, so doch sicher in dem ihr zu Grunde liegenden ethischen und socialen Motiv, sowie in der Art, wie sie im Rechte und in der Schule äusseren Ausdruck gefunden hat, eine auffallende Analogie zur späteren kirchlichen Lehre von der publica honestas und der quasi affinitas aufweist. Bedenkt man nun ausser der allgemeinen Fortgeltung des römischen Rechts noch den erwähnten, zur Zeit der Renaissance desselben geübten Einfluss auf die junge canonistische Schule, so drängt sich von selbst die Frage auf, ob die von der kirchlichen Jurisprudenz ausgebildete, ins Recht der Kirche übergegangene Construction der bezeichneten Begriffe nachgebildeter Affinität nicht etwa nur eine Wiederbelebung und Erweiterung des römischen Rechtsgedankens und der Lehre Ulpians, Paulus und Julians darstelle. Dies war bisher herrschende Ansicht [3]). Es-

---

[1]) Gratian dict. ad c. 7 C. 2 qu. 3 u. c. 17 C. 28 qu. 1, ähnlich schon bei Augustin Serm. 392. Migne XXXIX, 1709. Summa Stephani Torn. ed. Schulte, p. 263. Summa Parisiensis (W. S. B. 64, 631) vgl. Schulte, Lit. Gesch. I. S. 97 A. 14, wo noch andere Citate. Scherer a. a. O. S. 97 A. 11.

[2]) Vgl. Schulte, Lit. Gesch. I. S. 103, 236 ff. II. 72. Freisen, a. a. O. Vorbem. p. XXII. S. 205, 885—890. Sohm, Eheschliessung S. 108, 146. Scheurl, Entwicklung des k. Eheschliessungsrechtes, Erlangen 1877, S. 8 ff. Sehling, a. a. O. S. 24 ff. Scherer, a. a. O. I. 158, II. 96 u. a.

[3]) Schulte, Eherecht S. 179. Richter, KR. S. 935. Knopp, Eherecht, 4. Aufl. 1873 S. 236, 238. Vgl. Freisen, a. a. O. S. 507. Schlegel, a. a. O. S. 219 scheint jedoch schon eine selbstständige Ent-

mein[1]) und Freisen[2]) erst haben darzulegen gesucht, dass die kirchliche Lehre sich hier selbständig auf wesentlich verschiedener Grundlage entwickelt habe, eine Ansicht, die wir schon bei Berardi[3]) verfochten finden. Während aber letzterer mit einer klassischen Redewendung die Entstehung dieser Lehre im Gewohnheitsrechte der Kirche und in palestris theologorum ac Canonistarum sucht — postquam pacatis Longobardorum animis scholasticus pulvis agitari coepit non multum ante tempora Gratiani — und sodann dieselbe in glücklicher Folgerung mit der Entstehung der Consenstheorie der fränkischen Kirche verbindet, führt Esmein in noch präciserer Formulirung die Ausbildung des gegenständlichen Eheverbotes auf den stets gewahrten Zusammenhang zwischen Affinitäts- und Eheschliessungslehre der Kirche zurück. Mit der endlichen Fixirung des Ehebegriffes und Ehebeginns habe auch dieses Ehehindernis die bis heute bewahrte Grundlage und Motivirung mit der publica honestas erhalten.

Freisen endlich kann sich die Entstehung dieses Ehehindernisses und der bei Gratian hiefür citirten älteren canones nur durch absichtliche Fälschung ähnlicher Concilsbeschlüsse erklären. Er theilt mit Knitschky die Vermuthung, dass die Consenstheorie wahrscheinlich eine Folge dieser neuen Lehre gewesen sei. Alle drei Ansichten gipfeln darin, dass die analoge Doctrin des römischen Rechts hier in keinem Falle recipirt sei, sondern nur die Bezeichnung des Ehehindernisses und seiner Grundlage auf eine bestimmte allgemeine Ausdrucksweise

---

wicklung anzunehmen. Moy, Eherecht S. 209, 365. Glück, a. a. O. B. 23, 267. Phillips, KR. S. 663 A. 12.

[1]) Le mariage en droit canonique. Paris 1891. I. 146 ff. 152, II. 263.

[2]) a. a. O. S. 497, 507. Knitschky a, a. O. 419, 420 wies ebenfalls schon früher auf die vermuthliche Entstehung des fraglichen Ehehindernisses aus einer falschen Interpretation der Triburienser Canones hin.

[3]) Gratiani canones genuini. Taur. 1752 P. II. T. II. p. 143, 176; darauf beruht die gleiche Bemerkung bei Le Plat, de spuriis in Gr. can. in Gallandi Sylloge Mag. 1790 Dissert. II p. 875.

der römischen Rechtsquellen zurückgehe. Inwieweit diese Ansichten der genannten Schriftsteller, seltsamer Weise der einzigen, die die Frage der historischen Entstehung des zu untersuchenden Ehehindernisses aus den Quellen annähernd zu beantworten suchten, theils durch die folgende Darstellung hinfällig werden, theils mehr der Ergänzung bedürfen, soll am Schlusse der Untersuchung näher beleuchtet werden. Dort wird auch die bisher herrschende Lehre und Terminologie im Allgemeinen berücksichtigt und die Darstellung des impedimentum publicae honestatis in der modernen kirchenrechtlichen Literatur einer eingehenden Kritik unterzogen werden.

Erster Abschnitt.

Eigentliche und fingirte Affinitätsverhältnisse im römischen Rechte bis Justinian.

1. Die Affinität als ethische und sociale Beziehung des einen Ehegatten zu den Blutsverwandten des anderen hat im römischen Eherecht erst sehr spät eingehende Berücksichtigung gefunden. Die einfachsten Eheverbote in dieser Richtung mögen wohl auch schon im ältesten Recht bestanden haben [1]). Wir haben dafür kein sicheres Quellenzeugnis, aber wir brauchen nur zu bedenken, dass schon sehr früh das Verhältnis der Schwiegertochter (der Schwiegersohn kam rechtlich hier nicht in Betracht) zum Schwiegervater auf Grund der manus derart fixirt war, dass sie filiae oder neptis loco galt [2]). Daraus ergab sich vom Standpunkte des Rechtes die Unstatthaftigkeit einer ehelichen Verbindung zwischen diesen Personen. Diese rechtliche Construction des Affinitätsbegriffes ist, wie noch

---

[1]) Vgl. z. B. Dion. Hal. IV. 79. Klenze, die Cognaten und Affinen nach röm. Recht in Vergleichung mit anderen verwandten Rechten, in Savigny, Zeitschr. für gesch. Rechtswsch. 1828, VI. S. 17 fg. | Die späteren Verbote sind: Gai. I. 63; Ulpian V. 6; l. 12, 14, 15, 40, 68 D. 23, 2, l. 4 § 7 D. 38, 10; Collat. leg. Mos. VI. 4; l. 17 C. 5, 4; § 6—9 J. 1, 10. Die Entstehung des eigentlichen Ehehindernisses der Affinität, soweit in diesem Sinne davon im röm. Recht die Rede sein kann, nimmt man mit der lex Julia et Papia an. Vgl. Danz, r. Rgsch., Leipzig, 1871. S. 150.

[2]) Vgl. über Bedeutung dieses Grundsatzes auf ethischem Gebiet Rossbach, Untersuch. über röm. Ehe, Stuttgart 1853, S. 11, 422 u. A. 1444, S. 436 fg. Hiezu Gaius Inst. I, 114, 116; II, 159 u. v. a. vgl. w. u. S. 28.

näher dargestellt werden wird, sehr lange, ja in gewissem Grade bis in die Zeit klassischer Jurisprudenz die fast ausschliessliche Grundlage für die Lehre der Eheverbote unter Verschwägerten geblieben. Sehr früh mag wohl auch ein Zusammenhang jener mit dem alten Sacral- und pontificischen Recht [1]) bestanden haben. Speciell den pontifices stand ja lange die Sühnung des Incests zu. Im Rechte mochte damals der Gedanke geltend gewesen sein, dass überhaupt die Reinerhaltung der ethischen Seite des Eheverhältnisses besser dem lebendigen sittlichen und religiösen Bewusstsein des Volkes und des Einzelnen zu überlassen sei. Das Hausgericht der Verwandten [2]) und die nota censoria [3]) des älteren römischen Lebens sind Beweise dafür, dass man sociale Sitte und religiöses Gewissen damals noch für hinreichende Garantie jener ethischen Postulate hielt, welche erst das späteste römische Recht, und nach ihm die Gesetzgebung der Kirche und der modernen Zeit soviel wie möglich in erzwingbare Rechtsvorschriften umgesetzt hat [4]).

2. Erst seit dem prätorischen Edict hat sich eine Unterscheidung zwischen incestus iuris civilis und inc. iuris gentium ausgebildet [5]). Damit kam auch das ethische Moment neben der noch lange vorwiegenden religiösen und civilrechtlichen Bedeutung verwandtschaftlicher Beziehungen mehr und mehr zur Geltung. Diese Entwicklung führte zu einer Ausdehnung des rechtlichen Affinitätsbegriffes, ohne dessen rein juristische Grundlage zu ändern. Den eigenartigsten Ausdruck fand diese That-

---

[1]) Rossbach, a. a. O. 420. Kuntze Excurse S. 524.

[2]) Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 400. Klenze a. a. O. S. 21. Vgl. S. 25 w. u. u. Anm. 3.

[3]) Darüber Rudorff, r. Rgsch. Leipzig 1859. II. 414, 417.

[4]) Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 420, 435, 444. Rudorff, a. a. O. II. 327, 385. Esmarch, röm. Rechtsgesch. 2. Aufl. Kassel 1880. S. 61 ff. Klenze, a. a. O. S. 18, 88. Danz, r. Rechtsgesch. Leipzig 1871, I. 150, II. 187. Rein, röm. Privatrecht, Leipzig, 1836. S. 399. Zimmern, Geschichte d. röm. Privatrechts. I, 549. Karlowa, r. Rgesch. 1892. II, 152 ff.

[5]) Ueber die Bedeutung dieses Unterschiedes siehe namentlich Rudorff, a. a. O. I. 90, II 387. Zur Frage auch Rossbach, a. a. O. S. 449.

sache darin, dass das Brautverhältnis, begründet durch die sponsalia, dem ehelichen Verhältnisse, das erst mit der traductio sponsae in domum mariti begann, als Thatbestand von Affinitätsbeziehungen gleichgestellt wurde, die neben anderen Rechtsfolgen auch ehehindernde Wirkung zugesprochen erhielten. Mag diese Gleichstellung ursprünglich in einem Rest der alten sacralrechtlichen Bedeutung des Verlöbnisses begründet gewesen sein, mag sie später bei der civilrechtlichen Bedeutung der Verlöbnisstipulation darauf zurückzuführen sein, dass die sponsalia den einzigen äusserlich hervortretenden civilrechtlichen Act der römischen Eheschliessung als solchen darstellten, — zur Zeit der freien Ehe, da die sponsalia nur mehr ein formloses pactum, ein zwangloses Lebensgeschäft bedeuteten, erscheint diese Gleichstellung wie ein dem Rechte von der Volksanschauung aufgezwungenes Gegengewicht zur Unverbindlichkeit des Verlöbnisses, wie eine Reaction des Rechtes selbst gegen die von ihm garantirte Schutzlosigkeit des Brautverhältnisses. Im Eherechte der Römer, das so eng zusammenhing mit Familiensitte und Volksanschauung, erklärt sich diese Erscheinung leicht. Es ist wohl auf dieselben Gründe zurückzuführen, dass die klassische Jurisprudenz, der Kenntnis und Verständnis für die Keime dieser Entwicklung fehlten, hier zu derselben Rechtsfiction Zuflucht nahm, die sie zur juristischen Construction des Affinitätsbegriffes gebrauchte[1]), und dass sie erst spät sich bewusst wurde, dass bei der sonstigen strengen begrifflichen Unterscheidung zwischen sponsalia und matrimonium und, entsprechend dem Grundsatze, dass eigentlich Ehe allein Affinität begründe[2]), hier nur eine Rechtsanalogie angenommen werden könne. Für unsere Untersuchung wird es daher vor allem nöthig sein, das Wesen des römisch-rechtlichen Verlöbnisses und sein Verhältnis zur Ehe, sowie die Grundlagen des römischen Affinitätsbegriffes zu be-

---

[1]) Ueber Rechtsfiction vgl. Esmarch, a. a. O. S. 109, 158. Demelius, die Rechtsfiction (Weimar 1858) S. 25. Puchta, a. a. O. I. S. 192.

[2]) Modestin lib. 12. Pand.: l. 4 § 3 und 8 Dig. 38, 10. l. 8 C. 5, 5; Gai. 1, 63; Ulp. 5, 6 § 6-7, l. 3 Inst. 1, 10; l. 14 D. 23, 2. Frag. Vat. § 303.

leuchten, um jene Entwicklung klarzustellen, welche zu einer Ausdehnung des letzteren im allgemeinen und zu seiner Verbindung mit dem Sponsalverhältnisse im besonderen geführt hat.

3. Das klassische römische Recht — Gesetzgebung wie Jurisprudenz — schied jederzeit den Akt der Verlobung streng und wesentlich von dem der Eheschliessung, nicht nur soweit es sich um Begriffsmerkmale und materiellrechtliche Folgen handelte, sondern auch in Beziehung auf den Willensinhalt der von Seite der handelnden Personen bei diesen Akten zum Ausdruck gebracht wird [1]). Es ergibt sich diese fundamentale Auffassung so zwingend aus dem überlieferten Rechtsmaterial, dass wir sie in den Werken der bologneser Legistenschule um die Mitte des 12. Jahrhunderts ebenso prägis ausgesprochen finden, wie in der Zeit klassischer Jurisprudenz, obwohl bereits mehr als ein halbes Jahrtausend entschieden kirchlichen Einflusses zu Gunsten einer Betonung des Verlobungsactes und des Brautverhältnisses seither vergangen war [2]).

4. Die sponsalia des späteren römischen Rechts sind ein formloses, unverbindliches Versprechen der Eheschliessung, abgegeben von den Verlobten oder, was regelmässiger [3]) gewesen sein dürfte, von deren Gewalthabern mit Zustimmung jener; vom Standpunkte des formellen Rechts also ein selbständiger Vorvertrag im technischen Sinne des Wortes [4]). Hauptvertrag war die

---

[1]) l, 7—9, 11, 15, 16 Dig. 23, 1; l. 16 § 2, l. 27, l. 60 § 5 Dig. 23, 2, l. 134 pr. in fin. D. de verb. oblig., l. 24 C. de nuptiis 5, 4; l. 5 C. 5, 3. Vgl. Brinz, Pandekten 2. A. 1873. S. 150, 152.

[2]) Vgl. besonders die Ausführungen in der dem Rogerius zugeschriebenen Summa Codicis lib. V. 1, ed. ex Cod. Florent. u. Tubing: Palmer, (Biblioteca juris medii aevi, ed. Gaudentius, Scripta Anecdota Glossatorum I, 9) p. 90 sequ. Vgl. hiezu Conrat, Gesch. d. Quellen u. Lit. des röm. R. i. MA. I. Leipzig 1891 p. 614 und Savigny, Gesch. d. r. R. i. MA. 2. Aufl. 1850 IV, 194, 214.

[3]) Leist, grăcoit. Rgsch. 1884. p. 62. 77.

[4]) Degenkolb, Begriff des Vorvertrags Freiburg 1871. Windscheid, Pandecten § 310. Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen S. 129 fg. (vgl. Kritik Göppers in krit. VJschr. XIV. S. 400). Zum Ge-

Ehe, versprochen wurde jene eheliche Willenseinigung, die in der Herstellung thatsächlicher Lebensgemeinschaft durch die traductio zum äusserlichen Ausdruck kam, da eine besondere Erklärung des Eheschliessungsconsenses vom Rechte nicht gefordert war [1]).

Wie somit die Ehe im klassischen Rechte nicht mehr wie früher an strenge Formen gebunden war, sondern zum reinen Consensualcontract ausgebildet nun formlos eingegangen und frei gelöst werden konnte [2]), so war dem Rechte auch der ein-

---

genstande: Sehling, a. a. O. S. 21 fg. Freisen, a. a. O. S. 130. Quellenstellen: l. 1. D. 23, 1 (Definition des Florentinus, Inst. l. III.); c. 2, 4—7, 11, 15 ib.; l. 60 § 5 D. 23, 2 l. 12. C. Theod. 3, 5, l. 24 C. Just. 5, 4; spes nuptiarum in l. 6 D. 23, 1 l. 14 § 3 D. 48, 5; l. 13 § 3 D. 8, 5. Böhmer J. K., Diss. de div. spons. iure Halae 1737 4. Cap. 1. Glück, a. a. O. 22, 392 fg.

[1]) Es finden sich Andeutungen, dass eine formelle Eheconsenserklärung vor Zeugen gebräuchlich war. Vgl. Tacitus Annal. XI, 27, 30. Seneca Fragment in Krüger Collectio III, 203. Glück, a. a. O. 26, 240. Dircksen, Wirksamkeit der Ehegelöbnisse, in Abh. der Akad. Berlin 1848 S. 108. Vgl. auch Sehling, a. a. O. S. 10, 11 A. 2. Puchta, a. a. O. S. 400 fg. Voigt, ius nat. III, 217. Ueber die interrogatio solennis und die von Gaius (I, 112) und Ulpian (IX, 1; Boethius comm. in Cic. Top. l. 2. ed. Baiter p. 299 bei Huschke I 1 p. 606) erwähnten certa et solennia verba bei confarreatio und coemptio vgl. Voigt, 12 Tafeln, II S. 701. Karlowa, Formen d. r. Ehe und manus, Bonn 1868, S. 25, 52. Rossbach, a. a. O. S. 71. Kuntze, Excurse S. 523. Oft handelt es sich jedoch nur um eine feierliche Form der Sponsalien: Leist, a. a. O. S. 213. Vgl. für die spätere Zeit: Tertullian de virgin. velandis c. 11 (Migne II. 955). Ambrosius l. de lapsu virginis c. 5 (Migne XVI, 388): inter decem testes confectis sponsalibus. Arnobius l. adv. gentes IV. c. 20, II. 91 (Migne V, 365, 506). Hotmann, de ritu nupt. (ed. Vignon) I. 490 c. 3. Andere alte Literatur für diese Frage siehe Glück, B. 22, S. 377 ff. Bez. mittelalterl. Praxis s. Brandileone, Oratori matrimoniali in Rivista ital. per le scienze giur. 1894, XVIII p. 50, 52.

[2]) Ueber diese Entwicklung vgl. Karlowa, r. Rgsch. II, 154 (bes. wegen der Zwischenform der coemptio fiduciaria und der Bedeutung der sacrorum communio. Ders., Formen der r. Ehe und manus, Bonn 1868 S. 56. Rossbach, a. a. O. S. 42, 186, 164 (wo auch ältere Literatur angegeben). Brini, matrimonio e divorzio, Bologna 1886 p. 37, 113, 144 sq. Sehling, a. a. O. S. 2 fg. Voigt, XII Tafeln, II. § 157, S. 679 (wo Uebersicht über die allg. Literatur des r. Eherechts). Vergl. Manenti, della inapponibilità delle condizioni . . . . al matrimonio

stige Charakter des Verlobungsactes fremd geworden, welcher nicht nur feierliche Formen, sondern vermuthlich auch rechtlich erzwingbare verpflichtende Wirkung einst besessen hatte. Dass hier für beide Institute eine parallele analoge Entwicklung vor sich gegangen, ist bei dem engen Zusammenhang zwischen Verlöbnis und Ehe wohl kaum zu leugnen. Es handelt sich nur vor allem um die Frage, welche Form und Bedeutung des Sponsalactes den jeweiligen Phasen des römischen Eheschliessungsrechtes und den einzelnen Eheschlussarten und Formen entsprochen hat.

5. Der strengen Manus-Ehe mit der Eingehungsform der Confarreatio (pontificisches Recht) [1]) und späteren Coemptio (civilrechtlich), vielleicht auch noch der sich daneben entwickelnden Uebergangsform der Coemptio fiduciaria [2]) und der Usualehe entsprach sicher ein Verlobungsact, dem die gleiche rechtliche Auffassung zu Grunde lag, also ursprünglich ein Formalact mit rein sacralsolennem Charakter, der später sich mit civilrechtlichen Formen und Wirkungen verband und schliesslich nach Untergang des religiösen Moments zu einem rein rechtlichen Institut wurde, um dann zur Zeit der classischen Jurisprudenz in Folge des allgemeinen Princips der Form- und Zwanglosigkeit eherechtlicher Verträge auch noch des aus früheren Zeiten überkommenen Restes rechtlicher Verpflichtungskraft verlustig zu werden [3]). Auf sacralen Charakter deutet die ursprüngliche Form und Wirkung der Sponsio [4]). Die privat-

---

Siena 1889 p. 37. Walter, Gesch. des r. R. Bonn 1861. Rein, a. a. O. S. 176 fg. Zimmern, a. a. O. I. 2. S. 530. Keller, Institutionen S. 175 ff. Czyhlarz, Institutionen 2. A. 1893. S. 222 fg. Huschke, Studien d. r. R. 1830, I. 200. Puchta, Cursus der Institutionen, 10. Aufl. II. 394 fg. spec. Literatur u. Quellen bei Danz, Gesch. d. r. R. S. 152.

[1]) Vgl. Keller, Pandekten, § 386.

[2]) Vgl. Pernice, M. A. Labeo etc. 1873, I. 195. Karlowa, röm. Rechtsgesch. II, 170.

[3]) Vgl. Czyhlarz, Lehrb. der Instit. 2. A. Wien 1893. S. 227.

[4]) Vgl. Huschke in Zeitschr. f. gesch. Rwschft. X. (1842) 336; betr. Usualehe: Karlowa, r. Rgsch. II. 167, 170. Ders. Formen etc. S. 70. Sehling, a. a. O. S. 5 fg., 14. Vgl. v. Hann, Uebereinstimmung röm.

rechtliche Wirkung dieses, wohl früher auch dem pontificischen Rechte entstammenden Actes lässt sich aus den spärlichen Quellen nicht sicher constatiren. Gegenüber den genannten Eheschliessungsformen, besonders aber bei dem eigenartigen Institut der Usualehe, die sich alle auf die Begründung der manus bezogen, mag die sponsio mit ihrem späteren Charakter wohl auch das einzige civilrechtliche, besser gesagt rechtsgeschäftliche Moment der Eheschliessung als solcher gebildet haben [1]). Denn da die Willenseinigung der Nupturienten und die sonstigen Hochzeitsfeierlichkeiten rechtlich noch irrelevant waren, stellte die sponsio den feierlichen Abschluss des zwischen den beiderseitigen Gewalthabern oder zwischen dem Bräutigam und dem Vater oder Vormund der Braut über die Ehe vorausgegangenen Rechtsgeschäftes dar. Der ursprünglich vorwiegend sacrale Charakter der sponsio [2]) dürfte aber wohl mit der sacralrechtlichen confarreatio als ältesten, den Patriciern vorbehaltenen Eheschliessungsform zu verbinden sein.

Später, als eine rein privatrechtliche Eheschliessungsform in Gestalt des Scheinkaufs (Coemptio) sich ausgebildet hatte, entwickelte sich derselben entsprechend [3]) eine

---

und germ. Rechtsprincipien. S. 449, u. a. Rossbach, a. a. O. S. 147 179, 181, 242 fg., 394. Dagegen Sehling, Unterscheidung etc. S. 5. Bluntschli, in Schweiz. Mus. f. hist. Wiss. 1, 262. Kuntze, Excurse S. 594. Ders. Inst. § 770.

[1]) Vgl. Girtanner, die Stipulation etc. Kiel 1859. S. 18, 214. Danz, der sacrale Schutz im r. Rechtsverkehr, Jena 1857. S. 102, 105 (dort auch Literaturangaben und Quellen zur Frage) bes. 136 fg. Dagegen; Voigt, XII Tafeln I. 129, 570. Ders. Jus naturale etc. II. S. 239 A. 248, S. 683. IV. Beil. XIX § 6. (Literatur) S. 438. Ders. röm. Rechtsgesch. I S. 42 fg. Vgl. Leist, gräcoital. Rgsch. S. 223. Karlowa, r. Civilprocess S. 44, 106. Puntschart, Entwicklung des grundgesetzl. Civilrechts der Römer S. 161. Esmarch, r. Rgsch. S. 128. Ueber späte Fortdauer sacralen und pontificischen Rechts. Vgl. Pernice, Labeo I. S. 4, 40.

[2]) Theilnahme von Auspicien bei Sponsion: Danz, sacr. Sch. S. 109, A. 211. Puchta, Cursus etc. § 264. Voigt, ius nat. II. 683. Quellen: Cicero de div. I. 46, 104. Val. Max. 1. 5, 4.

[3]) Vgl. Girtanner, a. a. O. S. 222 fg. Mit Recht hat man jüngst

nicht sacrale, ebenso dem Privatrechtsverkehr entlehnte Form des Verlobungsactes, anfänglich noch mit der Wirkung eines verpflichtenden Rechtsgeschäftes, dann nur mit der Bedeutung eines unverbindlichen, formlosen Lebensgeschäftes (sponsio — stipulatio — mentio et repromissio, pactum) [1]). Da das practische Rechtsleben, noch mehr aber die Sitte an den eingebürgerten Formen strenge festhielt, ja diese vielfach blieben, nachdem sie im formellen Rechte schon alle Bedeutung verloren hatten, so erklärt es sich, dass wir in den Quellen die auf Formalacte deutenden Bezeichnungen wie stipulatio, sponsio, sponsalia neben jenen für formlose Rechtsgeschäfte gebräuchlichen pactum, pactio, condicio, dicio nebeneinander für das Verlöbnis gebraucht finden, dass die Braut bald sponsa, promissa, bald pacta, conventa, petita, destinata, sperata genannt wird [2]),

---

aut den Zusammenhang zwischen sponsalia und coemptio hingewiesen, der namentlich in der Aehnlichkeit der Stipulationsform ersterer und des Scheinkaufsactes letzterer zum Ausdruck kommt. Sollten beide nicht auf einen gemeinsamen Ursprung, auf die alte Form wirklichen Frauenkaufes zurückgehen, die ja bei allen uns bekannten Culturvölkern den Kern des ältesten Eheschliessungsrechts bildet? Vgl. Brini, a. a. O. 67, 83. Czyhlarz, r. Dotalrecht S. 123. Karlowa, r. Rgsch. II 166. Rossbach, a. a. O. 81, 181. Puchta, a. a. O. S. 400 f. Sehling, S. 2. A. 1. Scherer KR. II 233. A. 3, 9.

[1]) Vgl. Voigt, 12 Tafeln II S. 683 u. A. 13. Dass eine unsolenne Form des Verlöbnisses ohne civilrechtliche Wirkung schon früh existirte, ist wohl kaum anzunehmen. Vgl. Glücks Ausführungen a. a. O. XXII 384 fg. Rossbach a. a. O. 81, 131. Voigt 12 Taf. I 155 n. 39. Für keine Periode nimmt rechtsgeschäftlichen Charakter des Verlobungsactes an: Voigt, ius naturale etc. III 189, 218. Ebenso Ihering, Geist d. r. R. I 303 II 223 fg. III 555, 559, 593 u. a. Puchta, a. a. O. II, 301, 400 f.

[2]) Juvenal. 6, l. c. 25, 7. Liv. 1, 7 und 38, 57. Tacitus Ann. 12, 5; destinata vorzugsweise bei Paulus: l. 36, 66 D. 23, 2, bei Marcian l. 7 D. 48, 5 dazu die bei den unten stehenden Autoren angegebenen Quellenstellen. Auch Arnobius, adv. gent. 11, 20. Non. 5, 69 (Mercer). Huschke a. a. O. 337 spricht von ‚strengem und freien Verlöbnis'. Puchta a. a. O. S. 400 f. nimmt ein förmliches und unförmliches Verlöbnis an: contractus stipulationum sponsionumque — dictio und pactio, der Sponsionsvertrag bis zur Einführung der exc. doli klagbar, letztere als einfaches pactum nicht. Sehling, Unterscheidung etc. S. 20 A. 8. S. 71. Glück, a. a. O. 22. S. 379 A. 87. S. 384; Rein, a. a. O. S. 189. Vering, Pan-

Ausdrücke, die die verschiedenen Verlobungsformen und damit die einzelnen Uebergangsstadien der Rechtsentwicklung, den Gegensatz des fortschreitenden Rechts gegenüber der conservirenden Sitte des Volkes bezeichnen. Eine feierliche Abschlussform der Sponsalien hat sich in der Stipulation, einer der äusseren Gestalt, nicht aber der Wirkung nach aus dem formellen Rechtsverkehr übertragenen Vertragsform, bis ins Mittelalter auf romanischem Boden ungeändert erhalten [1]). Hieher gehört jedoch nicht die spätere Form der subarrhatio, die an Ringwechsel und osculum interveniens anknüpfte und im Mittelalter jene kirchliche Consenserklärung und Feier in facie ecclesiae darstellt, die allgemein verbreitet eine feierliche oft öffentliche Form der Desponsatio — der Eheschliessungserklärung — bildete und später zur Aufstellung der tridentinischen Eheschliessungsform geführt hat [2]).

Im späteren Rechte bedeuteten diese Termini keinen we-

---

lecten, 5. A. 1887 S. 640. Vgl. Bruns-Sachau, Syrisch-röm. Rechtsbuch, 1880, § 91.

[1]) Vgl. die oben S. 13 Anm. 2 erwähnte Stelle bei Arnobius l. adv. gentes IV, 20 und Isidorus Hispalensis Etymologiae V. 30. 31. IX. 7. (Migne, V. p. 365, LXXXII. p. 206 sequ. 363). Ihering, Geist des r. R. 3. Aufl. II 224. Besonders interessant hiefür der obcit. Aufsatz: Brandileone, l'intervento dello Stato nella celebrazione del matrimonio in Italia etc. (vol. XXVII. Atti della R. Acad. d. Scienze mor. et pol. Napoli 1894). Ders. Oratori matrimoniali in Riv. it. p. l. sc. giur. 1894. XVIII. p. 49, 50, 53. 59. Zum Gegenstande und betr. etymol. Ableitung, Sprachgebrauch und technische Bedeutung der angeführten Termini vgl. Leist, gräcoital. Rechtsgesch. S. 223, 457, 468, 470. Voigt, 12 Tafeln. II. 683 u. A. 13. Girtanner a. a. O. S. 18 fg. Rein a. a. O. S. 189 (Quellencitate). Danz, sacr. Sch. S. 105. Voigt, ius nat. IV. 426. Betr. pacta vgl. ib. II 683 n. 13 (Quellencitate). Ders. 12 Taf. I 373 A. 17. Pernice, Labeo I. 474 Anm. 3.

[2]) Karlowa, r. Rechtsgesch. II. S. 166. Sehling a. a. O. S. 20 u. Anm. 8, S. 71. Bezüglich subarrhatio die Bemerkungen w. u. bei Bernhard v. Pavia ed. Laspeyres p. 131, 287 und Huguccio, Simon de Bisiniano, Sicardus Cremonensis, in der Sa. Lipsiensis. Freisen, a. a. O. S. 137. Hörmann, desp. imp. S. 188, 216, 218, 223 u. a. Ferner vgl. Brandileone, Oratori etc. 51, 52 (u. Anm. 4) 54, betr. das Osculum s. w. u. S. 27 Anm. 3 u. Dirksen a. a. O. S. 104, 107 fg.

sentlichen Unterschied mehr, das Verlöbnis wurde als einfacher Vertrag, als pactum de contrahendo matrimonio, also als Vorvertrag mit dem Willensinhalte eines Eheversprechens aufgefasst und behandelt [1]). Die Beibehaltung der feierlichen Form im lebendigen Rechtsverkehr bildete ein Gegengewicht zu dieser rechtlichen Beurtheilung des Verlobungsaktes, diese Form war aber nicht mehr die Regel (moris fuit heisst es in l. 2 Dig. 23, 2) doch mag sie später noch lange mitbestimmend gewesen sein, den Rest der alten Rechtswirkungen der Verlobung aufrecht zu erhalten, ja in ethischer und socialer Richtung die sinkende Bedeutung des Brautverhältnisses zu heben und zu schützen.

6. Ob nun die civilrechtliche Bedeutung des Verlobungsactes im alten röm. Rechte jemals so weit gieng, dass eine Klage auf Hingabe der Braut oder auf das Interesse gewährt war, wie dies nach dem von Gellius gebrachten Referate aus Servius Sulpicius Rufus († 711 a. u.) liber de dotibus und aus Neratius Priscus († 867 a. u.) liber de nuptiis im Rechte Latiums bis zur lex Julia de civitate sociorum galt, ist eine sehr bestrittene, uns ferne liegende Frage, die sich bei dem Mangel klarer Quellenstellen überhaupt kaum mit Sicherheit entscheiden lässt. Bestand jemals eine solche Klagbarkeit der Sponsalien, wie für die älteste Zeit wohl mit Recht angenommen werden muss, so ist sie jedenfalls bald abgekommen [2]).

---

[1]) Vgl. Zhismann, Eherecht der or. K. Wien, 1864 S. 137 ff. 387. Nur insoferne kam rechtlich der Unterschied zwischen feierlicher Stipulationsform und einfachem Lebensgeschäft (pactum) noch zur Geltung, als man sich auf denselben stets bezog, wenn es sich um die Constatirung des Beginnes der Ehe und die Verbindlichkeit zwischen den Sponsi handelte. Vgl. auch Zachariae von Lingenthal, Geschichte des griech. röm. Rechts. 3. A. Berlin 1892. S. 73, 295. Quellenstellen siehe oben S. 13 A. 1. Vering, Gesch. u. Pandekten 5. A. Mainz 1887. S. 640 spricht bei sponsalia osculo interveniente von Vollverlöbnis im Gegensatz zu vermittelter Verlobung, hiezu vgl. w. u. S. 45 Anm. 1 u. 2.

[2]) Hiefür besonders interessant die Bemerkung des Varro in seinem Werke de lingua latina lib. VI. p. 69—73 (ed. Müller): „Sponsu alligatus, quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur". Dazu bemerkt neuerdings Karlowa, a. a. O. II,

Für uns bietet diese Nebenfrage nur insoferne Interesse, ls man vom Bestand oder Nichtbestand einer solchen

---

76 mit Recht: „Mit diesen Worten will Varro sagen, dass damals, als las Verlöbnis durch solche gegenseitige Sponsionen eingegangen wurde, lasselbe sowohl eine gesetzliche durch den Prätor geschützte als eine urch die Volksmoral anerkannte durch den Censor geltend zu machende Verpflichtung erzeugte.“ Diese Interpretation scheint mir jedenfalls vor Voigt's Ansicht (in Jus naturale etc. II, S. 234 n. 246 III S. 740 n. 1204) den Vorzug der Ungezwungenheit vorauszuhaben. Voigt plaidirt nämlich für ie Nichtexistenz einer römischen Verlöbnisklage und fasst den Gegenatz von lex und aequum an dieser Stelle als Hinweis auf die ergänende Rechtssprechung des Praetor im Edicte perpet. infamia und auf en Billigkeitsstandpunkt des censorischen regimen morum gegenüber der echtlichen Schutzlosigkeit des Verlobungsactes auf. Das könnte, wenn ie Zeitbestimmung „tum“ nicht wäre, für die Zeit des Servius Sulpicius ufus ganz gut seine Richtigkeit haben, spricht aber absolut nicht gegen die rühere Existenz einer Sponsalklage im ält. röm. Recht. Karlowa's Wiederlegung a. a. O. ist daher sicher beizustimmen. Zur Frage siehe noch w. u. . 25 A. 3, 48. Vgl. dazu Voigt, a. a. O. III, 189 fg. IV, 426 fg. 442, n. 116.)ers. 12 Tafeln, I 770 fg., II 682 fg. u. A. 13. Dort auch Literatur nd Quellenangaben. Für Klagbarkeit sprechen sich aus: Tigerström, nn. Gesch. d. r. R. Berlin 1838. Zimmern, a. a. O. I § 145 fg. Burhardi, Lehrb. des röm. R. II, 279, § 117 n. 21. Brini, a. a. O. S. 66, 3. Rossbach, a. a. O. II 181, 394. Rein, a. a. O. S. 407 u. a. uchta, Cursus der Inst. II S. 400 fg. Sonntag, de sponsalibus Hal. 860. S. 9, 14, 27, 74. Müller, Institutionen etc. 1858. S. 573. Veing, Geschichte und Pandekten 1887. S. 638. Danz, Gesch. d. r. R. . 152. Kuntze, Excurse I, § 775. II. 374, 479 (Zusammenhang mit ictio und stipulatio). Schulin, r. Rgsch. S. 207. Ihering, Geist etc. II, 09 (2. Aufl.) ist wie Voigt gegen Klagbarkeit überhaupt. Zur citirten Stelle us Gellius (noct. Att. IV, 4. ed. Hertz) und zu Varro vgl. speziell: Mommsen: ad capita duo Gelliana, animadversio in Symbolae Bathmanno-Hollwegio oblatae, Berlin 1868. Huschke, krit. Miscellen in Zeitchrift f. Rgsch. X (1842) Heft 3. S. 315, 327. Puchta, Institutionen II. 258, S. 301. Lachmann, rheinisches Museum f. Philologie VI, 114. Dirksen, a. a. O. S. 89, 94. (S. 96 n. 21 a gibt die ältere Literatur ur Frage an.) Glück, a. a. O. XXII. 379, 409. Walter, r. Rgsch. 493. Spengel in Abhandl. der k. bayr. Akad. d. W. I. Cl. VII. Bd. . Abth. p. 459. Thilo, n. Jb. f. Phil. und Päd. B. 71 (1855) p. 526. Sehling, a. a. O. S. 20 A. 7. Zhismann, a. a. O. S. 387. Auch diese Autoren sind für Klagbarkeit im ältesten r. Recht, gehen jedoch betr. des

zwangweisen Realisirbarkeit nicht nur auf die privatrechtliche Beurtheilung, sondern sicher auch auf die ethische und sociale Werthschätzung des Sponsalactes und des Brautstandes einen gewissen Rückschluss ziehen kann. Jedenfalls darf behauptet werden, dass jenen Formalakten der Verlobung, die den Eheschliessungsarten des strengen Rechts entsprechen, eine hohe Bedeutung auch auf dem Gebiete der Sitte beigelegt war; das ergibt sich ja gerade aus der praktischen Fortdauer der Sponsions- bezw. Stipulationsform in eine Zeit hinein, da die eigentliche Wirkung dieser Vertragsformen im Rechte längst nicht mehr bei den Sponsalien zugestanden wurde und die ganze Entwicklung immer mehr dem Principe voller Form- und Zwanglosigkeit eherechtlicher Acte und Verhältnisse Raum gab. So lag das Schwergewicht schon früh einzig und allein in jener Beurtheilung, die dem Sponsalacte in Anschauung und Sitte des Volkes zu Theil wurde, solange überhaupt noch ein Rest altrömischer Moral für die Reinerhaltung und den socialen Schutz dieses Instituts eintrat. Gerade diese ethische Bedeutung des Brautstandes im römischen Leben, das zähe Festhalten des nationalen Bewusstseins an der überkommenen Achtung vor der Reinerhaltung aller Familienverhältnisse ist es gewesen, die im späteren römischen Rechte dazu führte, auch dem Verlobungsacte weitergehende Wirkungen, wenn auch nicht in der Richtung besonderen Schutzes und zwangweiser Realisirbarkeit der eingegangenen Verpflichtung, wieder einzuräumen.

7. Diese neuen rechtlichen Wirkungen des Sponsalverhältnisses, auf welche wir nun zu sprechen kommen, haben alle eine gemeinsame Grundlage, welche für die ganze Entwicklung bezeichnend ist, nämlich die Uebertragung von Rechts-

---

Inhalts der Sponsalklage auseinander. Vgl. ferner Pacchioni, actio ex sponsu in Archivio giur. t. 39. p. 385 (darüber Schneider in krit. VJSchr. Bd. 32 (N. F. 13) 1890 S. 254) sieht in der a. ex. sp. eine dem pontificischen Rechte entsprungene, für sponsiones überhaupt gewohnheitsrechtlich gegebene, später verschwundene Klage. Damit sind die zahlreichen Bemerkungen altrömischer Autoren über Sponsalklagen erklärt. (Plut. Cato min. 7. u. bes. bei Plautus, Varro, Cicero u. a.) Das Verschwinden der Klage

wirkungen der Ehe auf das Sponsalverhältnis. Hiefür sind die verschiedensten Momente massgebend gewesen, namentlich waren viele Sitten und Gewohnheiten des römischen Familienlebens geeignet, die socialen und rechtlichen Grenzen zwischen Ehe und Brautverhältnis theilweise zu verwischen, dieselben sind zugleich entschiedene Symptome dafür, dass nach Aussen hin ein Unterschied zwischen diesen beiden Verhältnissen oft nur schwer zu constatiren war. Ich erwähne z. B. die Sitte, die sponsa in das Haus des künftigen Schwiegervaters aufzunehmen, ein alter dorisch-attischer Brauch [1]), der auf römischem Rechtsgebiet wohl oft auch eine unmittelbare Folge zeitlicher Trennung zwischen dem Act der Manusübertragung und der solennen Hochzeitsfeier [2]) gewesen sein kann. Das Zusammenleben der Verlobten vor der traductio [3]), der Brauch, die nuptiae bald dem Sponsalact folgen zu lassen [4]), trugen ebenso bei, die

---

wird von Hugo, Gesch. d. r. R. I 405 mit der lex Furia de sponsu, nach der herrschenden Ansicht wohl richtiger mit der lex Silia et Calpurnia, 507 a. u.) in Verbindung gebracht. Die altrömischen Autorenstellen, die von despondere sprechen, sind citirt: Glück, a. a. O. 22 p. 380 fg. Zimmern, a. a. O. S. 533 fg. Voigt, ius. nat. II S. 682 fg. III, 427 fg. Rein, a. a. O. S. 189. Ueber die Entscheidung der Frage in der späteren röm. Jurisprudenz vgl. Hugolinus, dissensiones dominorum ad l. 5 C. J. 5, 1 § 261 (ed. Haenel, 1834 p. 430) und die bei Glück a. a. O. bezeichnete Literatur.

[1]) Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 216. Sehling, a. a. O. S. 16, 22, 26. Leist, a. a. O. S. 65 Anm. d.

[2]) So auch im german. Recht vgl. Tacitus Ann. 1. 55. Brunner, Rechtsgesch. 1897 I S. 74.

[3]) Vgl. Scävola l. 66 § 1. Dig. (24, 1). Terentius, Adelph. V. 5, 10. Juvenal Satyr. X, 33. Weitere Qnellen bei Glück a. a. O. 22. Bd. 401 fg. Dieser Brauch scheint sich sehr lange erhalten zu haben. Ihn bezeugt noch Pseudo-Chrysostomus in hom. 4 ad c. 1. Ev. Matth. v. 18. (c. 4 C. 27. qu. 2), c. 6. Comp. 2. (4, 1) a. c. 11. X (4, 2), dazu Hörmann, a. a. O. S. 18 fg.

[4]) Später kam dies ab, daher betonen l. 4. C. Th. de spons. 3, 5 u. l. 2. C. de spons. 5, 1 wie l. 2 C. de rep. 5, 17 eine Zeitfrist von zwei Jahren. Schon die Ehegesetze Augusts enthalten eine ähnliche Bestimmung. Vgl. dagegen Augustin in c. 39. C. 27. qu. 2. Sehling, a. a. O. S. 21 u. A. 8.

Grenze zwischen Braut- und Ehestand auf dem Gebiete der Sitte nicht scharf hervortreten zu lassen. So erklären sich, da das Recht keinen formellen Eheschliessungsact vorschrieb, die Controversen römischer Juristen über die Frage, wann Ehe vorliege und die von ihnen entwickelte Lehre, dass die traductio in domum mariti eine Präsumption zu Gunsten stattgefundener Eheschliessung begründe, ja als Beweismoment für diese zu betrachten sei [1]).

Eines der wichtigsten Momente für die ethische Beurtheilung des Brautverhältnisses war jedenfalls die Bedeutung desselben für die Familie, insbesondere in Hinblick auf die dadurch gewissermassen schon eingeleitete und durch die Ehe zu vollziehende Erweiterung des Verwandtenkreises.

Bevor wir zu diesem Punkte übergehen, der nicht nur die Grundlage der im Rechte erfolgten Gleichstellung von sponsi und conjuges in verschiedenen sittlichen und socialen Beziehungen bildet, sondern damit auch zu unserer Detailfrage hinüberleitet, müssen wir fragen, ob nicht andere, rechtlich begründete Rücksichten zu einer derartigen Behandlung der sponsi im Rechte geführt haben. Dass der innere Zusammenhang zwischen Sponsalact und Eheschliessung, die gleichen Voraussetzungen für ihr Zustandekommen, der parallele rechtliche Entwicklungsgang dieser Formalacte eine analoge Behandlung der durch sie begründeten privatrechtlichen Beziehungen hervorrufen mussten, steht ausser Zweifel. Dieselbe Folge ergab sich wohl auch daraus, dass, wie schon erwähnt, die sponsalia das einzige civilrechtliche Moment des äusseren Eheschliessungsvorganges als solchen darstellten [2]), dass der eheliche Consens schon hier, allerdings mit der Richtung auf die Zukunft, erklärt wurde, während der eigentliche Eheschluss auf dem Gebiete des Rechtes keines neuen Actes mehr bedurfte, sondern

---

[1]) Justinian hat dies in Nov. 22 c. 3 und Nov. 74 c. 4. u. 5. gesetzlich anerkannt. Vgl. zur Frage speciell auch Sehling, der a. a. O. S. 13 fg. die betr. Quellenstellen und Controversen der röm. Jurisprudenz eingehend erörtert.

[2]) Vgl. auch Rossbach a. a. O. S. 223.

das Brautverhältnis durch einfachen Vollzug der sponsalia mit der traductio von selbst in Ehe übergieng [1]). Daher mag wohl auch in der späteren Gesetzgebung, von den eherechtlichen Reformen des Augustus [2]) an, der Gedanke wach geworden sein, die Bedeutung des Verlobungsactes, die bei der zunehmenden Sitten-

---

[1]) Den Ursprung dieser Auffassung bezeichnet die Usualehe (von Cicero, Flaccus 34 noch erwähnt): Entstehung der eheherrlichen Gewalt durch Ersitzung, hier in gewisser Analogie: Entstehung der ehelichen Willenseinigung durch Herstellung der thatsächlichen Lebensgemeinschaft. Die dem factischen Zustande innewohnende Bedeutung ist massgebend für die Entstehung der vom Rechte damit verbundenen Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen. Ueber die Bedeutung der traductio in dieser Beziehung vgl. bes. Sehling, a. a. O. S. 7, 14, 16, 22. Kuntze, Inst. § 772. Leist, a. a. O. S. 65. Rossbach, a. a. O. S. 157, 334. Brinz, Pand. 2. A. 1873. S. 150 fg. Glück, a. a. O. Bd. 23. S. 392. Voigt, 12 Tafeln II 692. (Quellencitate.) Ehe von Unmündigen, die bei vorausgehenden Sponsalien nach Ulpian, Labeo und Papinian als Brautstand fortgilt, geht auf Grund der blossen Thatsache des Zusammenlebens (hier nuptae loco esse im Hause des quasi maritus) bei Eintritt der aetas legitima in rechtsgiltige Ehe über. Julian nimmt hier stets sponsalia an (l. 9. D. 23, 1; l. 32 § 27 D. 34, 1 in Verbindung zu bringen mit l. 15 D. 35, 4, l. 66 D. 34, 1, l. 6 C. 5, 3. l. 24 C. 5, 4 u. a. m.) Das Entscheidende ist stets die Herstellung thatsächlicher Lebensgemeinschaft. Vgl. noch l. 6 u. 27 D. 24, 1, jedoch Sehling a. a. O. S. 8. Interessant sind die betreffenden Ausführungen in der Summa Codicis des Rogerius (ed. Palmer, vgl. oben S. 12. n. 2) liber V. 1: Et certe nihil aliud est matrimonium quam precedentis consensus adimpletio sive perfectio; hoc quoque fit per ductionem uxoris in mariti domum ex ordine, quippe consensui sponsalium addita ductio, ipsaque sola addita matrimonium facit et complet. Lib. V. 4: Quid est ergo quod dicitur matrimonium contrahi consensu solo? Et certe istud solo non dicitur ad remotionem ductionis quae secundum leges ex necessitate exigitur ad consumationem matrimonii etc. Ebenso Rufini Summa ad C. XXVII qu. 2. dict. Grat. ad c. 10 ib.: Quae nondum in domum ductae sunt sponsi mortem lugere non compelluntur, (cf. c. 9 D. 3, 2) quae autem iam traducta est, quia secundum leges ex sola ductione uxor facta videtur, sponsi mortem lugere cogitur ut D. de ritu nupt. in lege illa Denique (c. 6 D. 23, 2). Aenderung dieser Auffassung erst in Nov. Just. 74 und 117 c. 4.

[2]) Vgl. Jörs, Ehegesetze des Augustus in Festschr. f. Mommsen. Marburg 1893.

losigkeit ganz zu verschwinden drohte, durch Zuerkennung von rechtlichen Wirkungen des matrimonium zu heben und zu sichern.

8. Wenn man nun alle diese Momente zusammenhält, drängt sich unwillkürlich die Frage auf, welche Consequenzen das Recht aus denselben gezogen habe. Soweit es sich um den verpflichtenden Effect des Sponsalactes selbst handelt, können wir sagen: keine. Seit dem Verschwinden der Sponsalklage erkannte das formelle Recht hier nur mehr eine moralische, auf fides und mores beruhende Verpflichtung an[1]). Der einst bestandene sacralrechtliche Schutz, dem sicher eine sehr weitgehende religiöse und sittliche Verpflichtung der Verlobten oder ihrer Gewalthaber entsprochen hatte, war gleichfalls zum Theile schon verloren gegangen und wenn auch Sponsion und Stipulation noch lange als Eingehungsformen des Sponsalaktes sich erh elten, so wurde ihnen hier nicht mehr die auf anderem Rechtsgebiete gegebene Wirkung zugestanden[2]). Der Brautstand galt nur als rein persönliches Familienverhältnis, dessen Schutz und Reinerhaltung wie bei anderen ethischen und socialen Beziehungen des gesellschaftlichen wie privaten Lebens zunächst der Cognition der pontifices vorbehalten war, die später aber immer mehr an Bedeutung verlor. Daher begann man im practischen Rechtsverkehr nach einem Ersatz für den mangelnden Rechtsschutz zu suchen. Sind darauf ausser dem Eide noch rechtliche Bestärkungsmittel wie Pfand, Bürgschaft, Conventionalpön (damit in Verbindung die entsprechende Klage ex stipulatu, später (l. 19, 134 Dig. 45, 1) hinfällig geworden durch die exceptio doli) zurückzuführen[3]) und hatte später, als diese Mittel recht-

[1]) Voigt, ius nat. III. S. 216. Ihering, Geist d. r. R. 3. A. 1874. II, 225 u. Anm. 351.

[2]) Ihering l. c. II. S. 223 u. Anm. 347 a. Dirksen a. a. O. S. 101.

[3]) Vgl. Pacchioni, a. a. O. S. 388. Puchta a. a. O. S. 301. A. n. Ihering a. a. O. II 223. Huschke a. a. O. S. 336, 338, besonders mit Rücksicht auf das Interdict de uxore ducenda (l. 1 Dig. 43, 30) und Gaius Inst. IV. 48, 108, l. 134 Dig. 45, 1. vgl. Glück a. a. O. 22. Bd. S. 409. 23. Bd. S. 78 fg. Dazu l. 2 C. Just. 8, 38. l. 5, 13 Cod. Just. 5, 1. l. 14 Cod. J. 5, 4. l. 71 § 1 Dig. 35, 1.

lich verboten wurden, die arrha sponsalitia den Zweck, die dem Sponsalacte entsprechende Verbindlichkeit zu sichern, so finden wir schon viel früher Versuche, die Bedeutung des Verlobungsaktes dadurch zu heben, dass man die sponsi derselben Beurtheilung unterwarf wie conjuges, ja in manchen Beziehungen sie diesen geradezu gleichstellte. So wurde die Wahrung des Eheversprechens und die übernommene Treuverpflichtung der Censorencontrole[1]) und dem Urtheilsspruch der Verwandtengerichte[2]) unterworfen. Noch weiter gieng das prätorische Edict, das den durch gleichzeitige Eingehung eines anderen Verlöbnisses oder durch Ehe mit einer anderen Person vor Lösung des ersten Sponsals involvirten Treubruch wie Bigamie behandelte und mit den Folgen der Infamie belegte[3]).

---

[1]) Voigt, ius nat. III S. 235. Jarke, cons. Strafrecht 108. Becker, r. Alterth. II 2, 222 fg. Pernice, Labeo I 243, 410.

[2]) Voigt, ius nat. III S. 246. 780, 1170. 1231 n. 1922. Klenze, a. a. O. S. 21 fg. Rein a. a. O. S. 190 fg.

[3]) l. 1. 13 § 1—4. Dig. 3, 2 (Paulus l. V. u. VIII. ad Edictum; Juliani lib. 1. ad edict.; Ulpiani l. VI. ad edict.) fr. Vat. § 320. Ueber Infamie: Puchta a. a. O. S. 101. Savigny System II § 76 fg. Beilage VII. Pernice, Labeo I, 256, 449. Marezoll, über bürgerl. Ehre etc. 1824 S. 99, 312. Voigt a. a. O. III S. 903 n. 1412, der das Edict Infamia notatur der Republik überweist. Ueber Verlöbnisbruch Hasse, Güterrecht 1. 121. Zimmern a. a. O. S. 535. Rudorff a. a. O. II 415. Voigt, r. Rgsch. I 257, 263 (A. 25. Literatur). Nach Voigts Interpretation, die das praetorium ius ad legem auf das Edict, nicht auf die actio ex sponsu bezieht, konnte also Varro an der oben Seite 18 n. 1 citirten Stelle mit Recht sagen, dass die Sponsalverpflichtung durch den Spruch des Prätors in Ergänzung des strengen Rechts und durch das iudicium censorium auch vom Standpunkte der Billigkeit und Moral geschützt war. Nur die Zeitbestimmung „tum“ in Varros Satz stimmt damit nicht, denn zu Varro's Zeiten galt das Edict jedenfalls noch in dieser Fassung betr. der sponsalia, da dasselbe überhaupt der ausgehenden Republik angehört und die sponsi aus dem Edict Infamia notatur erst spät ausgeschieden wurden. (Voigt, ius naturale III S. 740 n. 1204, S. 903 n. 1412. S. 1198 n. 1852.) Voigt's Auslegung der Stelle am erstcitirten Orte widerspricht jedoch jener in Bd. II S. 237. n. 246 theilweise. Varro gedenkt jedenfalls jener Zeit, in der es wegen der bestehenden Klage noch nicht des infamirenden Edicts bedurfte, um das Verlöbnis vor frivolem Bruch zu schützen. Während aber erstere stets bei Nichteinhaltung der

9. Wir sehen in diesen Massregeln zwei wichtige Momente für die Beurtheilung des Brautverhältnisses zum ersten Male zum Ausdrucke kommen, nämlich die Einbeziehung der sponsi in den Kreis der künftig ihnen verwandten Sippe und die Behandlung des Brautstandes als nach socialer Moral gleichwerthig mit der Ehe selbst. Das letztere Moment hängt mit ersterem innig zusammen, denn es ist aus demselben hervorgegangen; beide lassen sich in dem Satze zusammenfassen, dessen Bedeutung nun näher besprochen werden soll: das Verlöbnis wird der Ehe gleichgestellt als Thatbestand der Begründung der Affinität, die sponsi werden gleich den conjuges als affines behandelt.

Ohne Zweifel entstammt diese Auffassung wie die Berücksichtigung der durch Ehe begründeten verwandtschaftlichen Beziehungen, also der Affinität im allgemeinen, allein dem Familiensinne der alten Römer, der von ihrer Volksanschauung und bürgerlichen Sitte getragenen Werthschätzung verwandtschaftlicher Bande und der dadurch hervorgerufenen Gemeinsamkeit der Interessen[1]). In das Recht ist die Rücksicht auf Affinitätsverhältnisse erst sehr spät übergegangen, nachdem im Familienleben der Römer schon längst[2]) auch die durch Ehe angenäherten Personen in den Kreis der Sippe einbezogen worden waren. Juristische Familienordnung und das würdige Gemeinwesen der röm. Familie, wie es die bürgerliche Sitte der Republik schuf, waren schon früh in Gegensatz zu einander getreten, beruhten auf ganz verschiedenen Grundlagen[3]). Der das ethische Moment hervorkehren-

---

Verlöbnisverpflichtung stattfand, beschränkte sich das Edikt, vielleicht auch schon das regimen morum der Censoren auf den jedenfalls unsittlichen Fall, dass Verlöbnis oder Ehe eingegangen wurde, bevor das frühere Verlöbnis durch repudium gelöst war. Vgl. dazu Karlowa, r. Rg. S. 177 fg.

[1]) Für das Verlöbnis war hier gewiss entscheidend die Mitwirkung der Verwandten bei ihrem Abschlusse. Vgl. die Quellenstellen auf S. 13 A. 1. Ihering, Geist etc. II 1 S. 214. (Cicero ad Quint. 2, 6. App. bell. civ. 4, 30. Liv. 2, 36.) Klenze a. a. O. S. 86. Dirksen a. a. O. S. 108. Rossbach a. a. O. S. 217, vgl. w. u. S. 46.

[2]) Klenze a. a. O. S. 7. 94. Voigt, ius naturale III S. 1166 fg.

[3]) Vgl. Puchta a. a. O. S. 12 fg.

den Volksanschauung, dem Familienverkehr, der Gemeinsamkeit materieller Interessen, dem Kreise, in dem die Pflichten der fides, das ius osculi, das officium lugendi[1]) herrschten, konnte das androkratische System des uralten strengen Rechtes nicht mehr genügen. Wir brauchen nur zu bedenken, dass dasselbe nur der Blutsverwandtschaft rechtliche Bedeutung beimass, deren Begründung auf das iustum matrimonium iuris civilis beschränkte und so rein juristisch construirte, dass die cognatio nicht nur durch Rechtsgeschäfte voll ersetzt (arrogatio, adoptio) sondern auch durch capitis deminutio media und minima vernichtet werden konnte. Die Ehe an sich konnte keine rechtliche Beziehung begründen; Affinität wäre somit ohne alle Bedeutung im Rechte gewesen, hätte dasselbe nicht, gedrängt durch die Volksanschauung zu einer Fiction gegriffen, wonach durch die conventio in manum die Frau filiae loco gestellt und so zur Descendentin des Mannes rechtlich umgeschaffen wurde[2]). Bei der freien Ehe konnte natürlich auch diese Fiction nicht mehr stattfinden. Auch in dieser Frage war wieder in der Usualehe ein Uebergangsstadium gegeben, welches das alte Recht durchbrach und das Eindringen der neuen Auffassung erleichterte, wonach die Ehe als natürliches Verhältnis zunächst Rechtswirkungen schafft, solange sie besteht. In der Zeit der freien Ehe, wo die mit Uebertragung der manus gegebene Fiction keinen Platz mehr hatte, musste diese Auffassung bald zur herrschenden werden. In der That sehen wir sie auch allmählig und erst gegen Cicero's Zeit hin in bestimmterer Form im Rechte zur Geltung kommen; hiebei erscheint die Affinität bereits anerkannt in jener Ausdehnung, welche die bürgerliche Familiensitte schon längst annahm[3]), nämlich

[1]) Klenze a. a. O. S. 18 fg., 32, 91. Voigt, ius nat. III S. 216, 244 fg. 1169 fg. n. 1813. Ders. 12 Taf. IS. 121. Rein a. a. O. S. 232 fg.

[2]) Gaius Inst. I § 111 pr. § 114 II § 86 pr. 90, 96, 98 i. 139, 159, f. III. § 14 i. f. IV § 38. Ulpian fragm. XXII. 14. XXVI 1. Vgl. über diese Entwicklung besonders Voigt ius nat. III S. 1165 fg. Kuntze, Institt. § 764: „Die Heirath war ein Seitenstück der Adoption, die Ehe eine künstliche Verwandtschaft".

[3]) Voigt, Rgsch. I. S. 123.

auf Ehegatten und deren Ascendenten und Descendenten (Schwiegereltern, Stiefeltern und Stiefkinder) und auf Verlobte.

10. Die Darstellung des weiteren Entwicklungsganges im römischen Rechte wird für unsere Untersuchung hauptsächlich auf die beiden letztgenannten Affinitätsbeziehungen: Stiefverhältnis und Verlöbnis zu beschränken sein, denn gerade die darauf von der späteren römischen Jurisprudenz gegründeten Eheverbote haben zur Aufstellung des Begriffes der ratio honestatis und des von Modestinus liber singularis de ritu nuptiarum (l. 42. D. 23, 2 = 197 D. 50, 17) aufgestellten allgemeinen Grundsatzes geführt und damit für die spätere Lehre der Quasiaffinität entweder direct (Sponsalaffinität) oder durch Analogie (soboles ex secundis nuptiis) grundlegende Bedeutung gewonnen. Bei den anderen genannten Affinitätsbeziehungen ist diese Begründung nicht so sehr hervorgetreten und sind dieselben namentlich in der kirchlichen Lehre unter den allgemeinen Begriff der Schwägerschaft einbezogen worden.

Verfolgen wir nun die einzelnen Aeusserungen der republicanischen Gesetzgebung, in welcher die genannten Familienbeziehungen unter den Begriff der Affinität mitinbegriffen und mit den den Cognaten und Affinen zugestandenen Rechtswirkungen ausgestattet werden.

Dass hier das Recht sehr zögernd vorgegangen ist, lässt sich nach der rein juristischen Construction seiner Familienordnung, die oben dargestellt wurde, leicht begreifen. Eine Erweiterung derselben durch Anerkennung von anderen auf rein ethischer Grundlage beruhenden Familienbeziehungen konnte nur dadurch erfolgen, dass man die oben besprochene Fiction der Blutsverwandtschaft auch hier anwandte, zugleich aber auf das Erfordernis eines formellen Rechtactes zur Begründung dieser fictiven Blutsverwandtschaft, wie er früher bei der Affinität in der conventio in manum gegeben war, verzichtete. So gelangte man zu jener allgemeinen rechtlichen Construction des Affinitätsbegriffes, welche darauf beruhte, dass man die betreffenden Affinen als parentum liberorumque loco habiti erklärte[1]). War

[1]) l. 4 § 7 Dig. 38. 10: affinitatis causa parentium liberorumque loco

in dieser Weise einmal in das alte starre androkratische System der Familienordnung im Wesentlichen eine Bresche geschlagen, so konnte unter dem Deckmantel der obigen Bezeichnung die juristische Interpretation weite Kreise ziehen, ohne sich sofort bewusst zu werden, dass damit das alte System verlassen und ein neues eingeleitet wurde, in dem auch die ethischen und natürlichen Familienbande zu ausgedehnter rechtlicher Würdigung gelangten[1]).

11. Mit diesen Entwicklungsgrundlagen erklären sich zugleich vier Momente, für deren juristische Begründung sonst schwer ein Anhaltspunkt sich finden lässt. Vor allem die gewiss auffallende Erscheinung, dass das fernliegende Stiefverhältnis nicht nur überhaupt mit Affinitätswirkungen bedacht, sondern früher als manche andere einfachere Schwägerschaftsbeziehungen und vor dem Verlöbnisse in den Kreis der Sippe einbezogen wird, während doch gerade die sponsi wegen ihres ethischen Zusammenhanges mit den conjuges und damit mit dem nächsten Affinitätsgrade in erster Linie berücksichtigungswerth gewesen wären. Wenn wir daher schon in den ältesten unten angeführten Gesetzen den vitricus und privignus, später auch die noverca und privigna neben den gewöhnlichen Affinitätsgraden erwähnt und später allgemein dazu gerechnet finden und nur vereinzelt neben vir und uxor auch sponsus und sponsa, so erklärt sich dies leicht, da eben das Stiefverhältnis leichter in das alte System sich einreihte. Denn trat die Frau nach dem alten System durch die Ehe dem Mann filiae loco zur Seite, so erschien die Nachkommenschaft derselben aus früherer Ehe gegenüber dem Manne nepotum loco beziehungsweise liberorum loco, da die Frau ja juristisch als Schwester

habentur; darüber neuestens Karlowa a. a. O. S. 152, welcher in alicuius loco esse keine Gleichstellung, sondern nur Anerkennung einer verwandten Stellung sieht. Dies ist zweifellos auch für unsere Detailfrage anzunehmen. Zimmern a. a. O. S. 549. Dirksen, Beiträge etc. S. 249, 252, 254 u. a.

[1]) Vgl. Gaius Inst. III 17, Ulpian, in collatio XVI. 4, 2 betreff des ausser Brauchkommens des ius gentilicium.

ihrer Kinder galt[1]). Damit war zugleich die Volksanschauung über die sittliche Stellung der Stiefkinder in der Familie zu voller Würdigung auch im Rechte gebracht.

Schwieriger gestaltete sich die Frage rechtlicher Anerkennung der Sponsalaffinität. Ursprünglich dürfte dieselbe wohl rein auf die oben dargestellte sociale und auch rechtlich naheliegende Gleichstellung der sponsi mit den conjuges, d. h. der unter Verlobten bestehenden persönlichen Beziehung mit der Zusammengehörigkeit der Ehegatten zurückzuführen sein. Beide Verhältnisse erscheinen daher in den Quellen in gleicher Weise als affinitas bezeichnet[2]). Die spätere Jurisprudenz, der die Gründe dieser Gleichstellung ebenso wie der Volksanschauung fremd geworden waren, die aber dennoch im Eifer der Interpretation die Sponsalaffinität in theilweisem Widerspruche mit der Gesetzgebung beibehielt und sogar auf Ascendenten und Descendenten der sponsi ausdehnte, hat sich hier schon früh zu dem gekünstelten Satze verstanden, dass in der Bezeichnung gener, nurus auch die nur Verlobten mitinbegriffen seien.

Endlich sehen wir, dass die Grundzüge des androkratischen Systems, sosehr demselben allmählig der Boden entzogen wurde, doch lange unbewusst bestimmenden Einfluss ausgeübt haben. Einerseits ist es darauf zurückzuführen, dass die positiven Affinitätswirkungen zunächst nur an die Qualität des Mannes geknüpft werden und vielfach erst spät die noverca und sponsa

---

[1]) Vgl. die Seite 27 A. 2 angeführten Stellen und arg. 1 § 4 Dig. (38, 8), l. 23, 44 Dig. (1, 7). Begriff der unitas personae! Quellenstellen dafür bei Sell a. u. ang. Orte S. 239. n. 10. Klenze a. a. O. 103. Glück a. a. O. 23, 225. Cf. Gaius Inst. I 132, 141. II 86—89, 96. III 103, 104. 163. IV. 75—79.

[2]) Vgl. Fragm. Vat. § 218 (Ulpian), 262 (Papinian), 302 (Paul. l. 12 Resp.) Paul. Sent. V, 12, 2 l. 84 (Labeo u. Paulus) Dig. 23, 3. l. 38 § 1 Dig. 22, 1 (Paul.). l. 8. Dig. 12, 4 (Neratius) l. 6 § 1. l. 8. Dig. 38, 10 (Labeo, Ulpian, Pomponius) l. 15 C. Just. 5, 3. Const. un. Cod. Just. 10, 35. l. 5 C. J. 6, 24. Eine eingehende Untersuchung über die affinitas zwischen Ehegatten nach röm. Recht gibt: Sell, zur Lehre von der röm. Affinität in Arch. für civ. Praxis 22. Bd. (1839) S. 237 fg. 243, 246, 248. Vgl. Glück a. a. O. 23. Bd. S. 223 fg. Schilling Instit. S. 187 fg. 243, Anm. d und l.

mit einbezogen wird. Ja, was die ehehindernde Wirkung betrifft, die in der klassischen Jurisprudenz in den noch zu besprechenden Quellenstellen auf die Fiction des parentum liberorumque loco haberi als Thatbestand der Affinität gegründet wird, erscheint in den Quellen in gleicher Consequenz das Eheverbot wegen bestehender Stiefverwandtschaft oder Sponsalaffinität regelmässig (mit Ausnahme einer einzigen Stelle Ulpians über Sponsalaffinität (lib. 26 ad Sab. l. 12 § 2 Dig. 23, 2)) nur für die männlichen Affinen ausgesprochen[1]). Andererseits hat das Recht erst sehr spät[2]) unter dem Einflusse christlicher Anschauungen (unter Diocletian[3]) die Rechtswirkung der Affinität auf die Seitenverwandten der eigentlichen Affinen, bis Justinian aber nie auf die Collateralen der sponsi ausgedehnt. Dies erfolgte erst in der byzantinischen Periode.

12. Die rechtliche Einbeziehung der Stiefverwandten und Verlobten in den Affinenkreis ist, wie überhaupt die Anerkennung juristischer Relevanz des Schwägerschaftsverhältnisses, nicht durch einen einmaligen Gesetzesakt, sondern nur allmählich und von Fall zu Fall erfolgt, theilweise sehr früh durch vereinzelte leges, theils erst gegen Ausgang der Republik durch die respondirende Thätigkeit der Rechtsschulen, besonders aber in der Kaiserzeit durch die weitgehende Interpretation, welche die Vertreter der sog. klassischen Jurisprudenz am ius vetus übten. Namentlich die rechtliche Beurtheilung der Verlobten — unter sich und in ihrer Beziehung zu den gegenseitigen Blutsverwandten — ist grösstentheils, soweit die spärlichen Quellen sichere Schlüsse gestatten, durch die Rechtswissenschaft fixirt worden. Für die ganze Entwicklung war jedoch von Anfang an massgebend die ethische Bedeutung,

[1]) Vgl. Voigt, ius. nat. III S. 1198 n. 1853.

[2]) Vgl. für das ältere Recht: Cic. de div. I, 96. pro Cluent. c. 5, 6. Gai. 1. 63, Coll. 6. 3, 3. Ulpian 5, 6 epit. I 4, 7. Plut. M. Crassi 1. Liv. 1. 46. Dion. Hal. IV. 79. Val. Max. I. 5, 4. Noch Modestin 12 l. 4 § 6, 7 Dig. 38, 20 kennt kein Eheverbot wegen Affinität ersten Grades der Seitenlinie. Ebenso l. 39. Dig. 23, 2.

[3]) l. 2. 4. C. Th. 3, 12 und später l. 5, 8, 9. C. Just. de inc. nuptiis (5, 5).

welche bestimmte neuauftauchende Rechtsfragen für den weiteren Kreis der römischen Familie gewannen, und damit im Zusammenhang der Umstand, ob im Rechte bei Berücksichtigung solcher Affinitätsbeziehungen das Interesse der Familie oder jenes der Gesammtheit, des Staates oder des Rechtes selbst die Oberhand behielt. Mit anderen Worten: die rechtliche Ausnahmsstellung, welche diesem Verwandtenkreise gewährt wurde, konnte hienach eine durch die Familienzugehörigkeit motivirte Begünstigung derselben gegenüber allgemeinen Normen sein, oder eine Rechtsbeschränkung durch Verbotssätze involviren, welche zum Schutze bestimmter Rechtsinstitute oder zur Wahrung gewisser rechtlicher oder allgemein sittlicher oder socialer Postulate erfolgte. Da das Erkennen solcher eine höhere Stufe der Rechtsentwicklung voraussetzt als die Rücksichtnahme auf das Interesse der Familie, sind, wie die Quellenzeugnisse bestätigen, Ausnahmsnormen der ersten Art, bedeutend früher im Rechte vorzufinden. Weiters ergibt es sich von selbst, dass naturgemäss die erste rechtliche Berücksichtigung jenen Familieninteressen zu Theil wurde, welche nicht nur wegen ihrer materiellen Wichtigkeit, sondern auch wegen des Widerstreitens anderer egoistischer Interessen beim beginnenden Verfall altrömischer Sitte und Zucht vor allem mehr als des blossen auf fides und boni mores gegründeten Schutzes bedurften. Das Bedürfnis nach Präcisirung der den verwandtschaftlichen Beziehungen eingeräumten rechtlichen Bedeutung und nach Sicherung ihrer ethischen Grundlage musste besonders dort hervortreten, wo es sich um Einbürgerung neuer Institute, Verhältnisse, Grundsätze des Rechts handelte und man nicht erst abwarten konnte, bis die Volksanschauung im practischen Rechtsverkehr der Rücksicht auf Verwandtschaftsverhältnisse Geltung verschaffte. Wo jedoch das ethische Moment der Familienzugehörigkeit und das Interesse an der Reinerhaltung verwandtschaftlicher Beziehungen lebendig genug war, um ein formelles Eingreifen des Rechtes überflüssig zu machen oder wo dieses aus mangelnder Erkenntnis des eigenen Interesses bestimmte ethische Forderungen durch den Zwang der Sitte und Gesell-

schaft hinreichend geschützt hielt, treffen wir erst spät und sehr spärlich entsprechende Normen fixirt. Dies gilt besonders von den Eheverboten unter Affinen und hier wieder vor allem von der ehehindernden Wirkung des Verlöbnisses und der Stiefverwandtschaft. Diese Eheverbote erscheinen zuerst von der Jurisprudenz aufgestellt, welche damit zunächst nur die äussersten Consequenzen aus dem Affinitätsbegriffe des alten Rechts zog. Die betreffenden Aussprüche lassen jedoch leicht erkennen, dass man hier nach einer rechtlichen Begründung für Prohibitivsätze suchte, welche die verfallende Sitte und das Gefühl der Zusammengehörigkeit in der Familie, die ehemals jene Eheverbote sicherte, festhalten und unterstützen sollten. Drängte früher die Volkssitte das Recht zur Anerkennung bestimmter ethischer Momente, so sucht jetzt das Recht selbst durch solche Sätze die morschen sittlichen Grundlagen der Familie und der Gesellschaft zu stützen und zu festigen. Wenn man schliesslich bedenkt, dass der Einfluss christlicher Auffassung in der späteren Kaiserzeit sich gerade in dieser Richtung zu bethätigen begann, so werden wir keinen Augenblik darüber im Unklaren sein, dass auch Justinian, als er jene von der classischen Jurisprudenz auf Basis des ius vetus rechtlich construirten und begründeten Eheverbote in seine Rechtssammlungen aufnahm, sich vorwiegend von der Rücksicht auf deren ethischen und socialen Hintergrund hat leiten lassen.

13. Dies in kurzen Zügen Gang und Grundlage der Entwicklung im allgemeinen. Die Richtigkeit des Gesagten soll nun an der Hand der Quellen dargethan werden, soweit dieselben speciell von Affinitätsbeziehung und Affinitätswirkung des Brautverhältnisses und der Stiefverwandtschaft sprechen. Das Hauptaugenmerk wird hiebei, um dem Kernpunkte unserer Untersuchung nahe zu bleiben, auf die Frage des ehehindernden Effectes solcher Affinitätsverhältnisse zu richten sein. Diese Wirkung ist zwar, wie schon angedeutet, erst von der classischen Jurisprudenz auch im Rechte zur Geltung gebracht worden, während sie in der Volksanschauung sicher schon lange bestand. Abgesehen von der gleichen ethischen Grundlage

hängt jedoch auch die ganze juristische Construction und Motivirung, zu welcher die Jurisprudenz hier Zuflucht nahm, so eng mit dem alten Rechte zusammen und bildet ein so naheliegendes Analogon zu den von diesem zugestandenen anderweitigen Affinitätswirkungen, dass auch diese flüchtig skizziert werden müssen, um die später unvermittelt in das formelle Recht übernommene Lehre der classischen Juristen, deren Begründung und Tendenz klarzustellen.

Die ältesten Gesetze, welche hier in Betracht kommen, betreffen Begünstigungen der Verwandten in Form einer Befreiung derselben von allgemeinen gesetzlichen Beschränkungen, und zwar ist es zunächst die Rücksicht auf die Geschlossenheit des Familienvermögens, welche hier in Betracht kommt. So excipirt die lex Cincia de donis et muneribus (a. u. 550)[1]) alle Cognaten und Affinen von den Beschränkungen für Acte der Freigebigkeit, die dieses Gesetz aufstellte. Für unsere Frage hat diese lex besondere Bedeutung, denn es ist die älteste und die einzige legislative Norm, welche, wie aus dem Referat des Paulus in Fragm. Vaticana § 302 hervorgeht, sämmtliche Affinen namentlich aufzählt und darunter nicht nur vir et uxor[2]), sondern auch sponsus, sponsa und die Stiefverwandten einbezogen hat. Dies wird auch allgemein angenommen.

Man könnte hier noch das Bedenken aussprechen, ob nicht wenigstens die Einbeziehung von sponsus und sponsa unter die Affines auf Rechnung einer extensiven Interpretation des Paulus zu setzen ist, der dieselbe ja auch, wie wir sehen werden,

---

[1]) Literatur und Quellenangaben hierüber bei Rudorff, a. a. O. I, § 22 fg. II § 13, S. 53. Vgl. ferner Klenze a. a. O. S. 54, 110; Voigt, ius naturale, III. S. 1175, n. 1817, 1824. cf. Ulp. fr. I, 1. Puchta, a. a. O. II 55 fg.

[2]) Puchta, a. a. O. II, S 412, n. 6, glaubt, es könne dies nur von Fällen verstanden werden, in welchen Schenkungen unter Ehegatten ausnahmsweise erlaubt waren. Dies trifft wohl nicht zu, denn nach Frag. Vat. § 298, 300 sind ganz allgemein ii, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate, manu mancipiove erunt ausgenommen und mit Recht sagt Rudorff a. a. O., dass die Grundlage der Begünstigung in dem sittlichen Pflichtverhältnisse der personae exceptae liege.

gegenüber anderen Gesetzen angewendet hat. Ein Moment hiefür wäre, dass Paulus lib. LXXI ad Edictum ad Cinciam bei Aufzählung der excipirten Cognaten ausdrücklich erwähnt: excipiuntur in lege his verbis (fr. Vat. § 298), während § 302 ib. nur die Worte des genannten Juristen wiederzugeben scheint. Dieses Bedenken wird jedoch durch ein anderes Citat aus Paulus ausgeschlossen [1]).

Bis auf eine Aenderung scheinen dieselben personae exceptae auch in der lex Furia testamentaria (vor 585 a. u.) über Legatsbeschränkungen [2]) und wohl auch in der lex Voconia (585), die hiezu eine gewisse Ergänzung bildete [3]), aufgestellt gewesen zu sein, doch geben die vorhandenen Quellenzeugnisse keine sichere Nachricht bezüglich der affines. Auch die lex Julia repetund. (695 a. u.) und wohl auch die lex Antia (vor 699) bezüglich Geschenkannahme und Gastgeherei dürften die

---

[1]) Später wurde die Ungiltigkeit von Schenkungen unter Ehegatten allgemein ausgesprochen: l. 1, 2 D. 24, 1: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent etc. (Ulpian, Paulus, Sextus Caecilius). Ausnahmen: l. 26, 32, 36 D. h. t. cf. Ulp. fr. VII, 1, Paulus, fr. Vat. § 96. Betreff der Schenkungen unter Verlobten wurde jedoch später der Unterschied gemacht, ob die donatio simpliciter, liberalitatis gratia oder adfinitatis contrahendae causa bezw. dotis nomine erfolgte. Neratius l. 2 membr. (l. 8 D. 12, 4), Julianus l. 17. dig. (l. 1 D. 39, 5), Papinianus l. 12 Resp. (Fr. Vat. § 262) gestatten die Widerrufung von Schenkungen letzterer Art unter bestimmten Voraussetzungen. Die spätere Legislation (l. 2, 4, 10, 11 C. 5, 3, namentlich Constantin in l. 15, 16 ib. cf. auch l. 6 C. 6, 61, l. 1 C. 10, 36) bestimmte die Widerruflichkeit der Schenkungen bei Auflösung des Verhältnisses durch die Verlobte oder ihren Vater, ferner bei Tod eines Verlobten das Zurückfallen der Schenkung bezw. deren Gültigkeit zur Hälfte, wenn die donatio osculo interveniente erfolgt war. Die Rücksichtnahme auf den Zweck adfinitatis coeundi causa und auf den Act des osculum interveniens, von deren näherer Bedeutung weiter unten noch gesprochen werden wird, beweist, wie lange hier das Moment verwandtschaftlicher Zugehörigkeit (als affinis) für die Beurtheilung solcher Liberalitätsacte massgebend blieb. Vgl. w. u. S. 51.

[2]) Literatur und Citate bei Rudorff, a. a. O. I, S. 55 fg. Klenze a. a. O. S. 55, 110. Voigt a. a. O. III. n. 1820, 1824, 1847; cf. Ulp. fr I, 1.

[3]) Rudorff a. a. O. I, S. 57 fg. Voigt a. a. O. III n. 1820.

Affinen excipirt haben, doch erwähnt Gellius II, 24 über letztere ganz allgemein nur: nisi ad certas personas, während Marcianus l. 14 instit. (l. 1. § 1. D. 48, 11) von den affines nur die uxor aufzählt [1]). Nicht aufgeführt sind die Affinen in der lex Julia vicesimaria (759/6), welche nur die intestaterbberechtigten Verwandten, also folgerichtig nicht die Affinen von der Erbschafts- und Legatssteuer befreit [2]). Es ist daher nur von den jura cognationum die Rede und keine principielle Entscheidung betreff der Affinenrechte darin gegeben.

Viel wichtiger erscheinen für unsere Untersuchung jene anderen Gesetze des Augustus, welche die vermögensrechtlich bevorzugte Stellung der Cognaten und Affinen in Bezug auf die gesetzlichen Beschränkungen der Testirfreiheit aussprechen und diese Verwandten von den Folgen der Ehe- und Kinderlosigkeit excipiren. Hiefür kommt sowohl die lex Julia de maritandis ordinibus (737 a. u.) [3]) als auch deren Nachtrag, die lex Papia Poppaea (757/4, 762/9) [4]) in Betracht. In beiden

---

[1]) Zu den leges repetundarum vgl. Rudorff a. a. O. I, S. 76 fg. 79 n. 17. II, S. 289. Klenze a. a. O. S. 56 fg., 110. Voigt a. a. O. III. n. 1817. Es muss bedacht werden, dass Ehegatten, Verlobte und überhaupt die weiblichen Affinen durch diese Gesetze direct nicht berührt wurden. Die von Voigt a. a. O. gemachte Bemerkung, die Reihe der anderen Affinen sei von Tribonian weggelassen worden und zu ergänzen, hat dennoch viel Wahrscheinlichkeit für sich, da die uxor als nächster Affinitätsgrad erwähnt ist, obwohl gerade für diesen nach dem obcitirten Zeugnisse des Ulpian (l. 1 D. 24, 1) Schenkungen früh nur beschränkte Geltung genossen.

[2]) Literatur hiezu und Quellencitate bei Rudorff a. a. O. I. S. 59. Pauly, Realencycl. VI, 2581. Klenze a. a. O. S. 58 fg. 67, der sich hiefür speciell auf Plinius Zeugnis (Panegyr. 37) bezieht. Voigt a. a. O. III, S. 1202 und n. 1859, 1880, 1919, 1200.

[3]) Hiezu Jörs, die Ehegesetze des Augustus in Festschrift für Mommsen, Marburg 1893. S. 1 Anm. 1. (Abfassungszeit). 21, 28 fg. Ders. Ueber das Verh. der lex Julia d. m. ord. zur lex Papia Poppaea, Bonn 1882. S. 29. Rudorff a. a. O. I, S. 64, 69. Klenze a. a. O. S. 67 fg. Voigt a. a. O. III. S. 1203 und n. 1844, 1845, 1846.

[4]) Jörs a. a. O. S. 49 fg. und obcitirte Dissertation dess. Rudorff a. a. O. I, S; 69. Klenze a. a. O. S. 69 fg. 110. Voigt a. a. O. III. S. 1194, 1198, n. 1851. Hartmann, Z. f. Rg. V. 226, 240, 246.

Gesetzen erscheinen die Affines als begünstigt behandelt [1]), jedoch nicht unter gleichem Gesichtspunkte und nicht allgemein, sondern nur die ausdrücklich genannten Personen [2]). Unter diesen finden wir die Stiefverwandten und die Ehegatten, nicht aber die Verlobten aufgeführt [3]). Es ist aber nach den Untersuchungen von Jörs (a. a. O. S. 20 fg., 37 fg., 58) wohl ausser Zweifel, dass die Angaben bei Sueton Aug. 34 und Dio C. 56, 14 den Schluss rechtfertigen, es habe schon die lex Julia de mar. ord. den Verlobten die iura maritorum gegeben [4]). Es war also auch hier eine Gleichstellung zwischen Verlobten und Ehegatten normirt und wir werden nicht irre gehen, wenn wir diese Thatsache nicht bloss auf die eheförderndе Tendenz des Gesetzes überhaupt, sondern auf die Affinitätsbeziehung zwischen den sponsi zurückführen. Da man durch die Verlobung mit Unmündigen der Strafe des Gesetzes zu entgehen suchte, ohne der Ehe Last mit in Kauf zu nehmen, beschränkte eine bald darauf erfolgte Vorschrift Augusts die iura marit. auf jene Verlöbnisse, auf die nach zwei Jahren eine Ehe erfolgen konnte [5]). Jörs vermuthet, dass diese einschränkende Bestimmung, welche aber nicht, wie er sagt, ein Verbot der Verlobung mit Kindern war, auf die im selben Jahre (736/18) erflossene lex Julia de adulteriis zurückgehe. Damit würde stimmen, dass eine andere, später vertretene Gleichstellung der sponsi mit den conjuges, von der weiter unten bei den Bestimmungen über Eheverbote die Rede sein wird, auch auf eine Vorschrift oder Interpretation des Augustus sich stützt, die wahrscheinlich in derselben lex Julia de adulteriis sich vorgefunden hat. Die Ausdehnung des dort erlassenen Veräusse-

[1]) Fr. Vat. 215, 216, 217. Ulpian, XVI, 1. Gaius, III, 42 fg. Tacitus Ann. III, 25. Tertullian apol. c. 4 de mon. c. 19 (Migne, I.335, II. 1002.)

[2]) Fr. Vat. § 158, 214 (Ulpian D. de exc. u. de off. Pr. tut.)

[3]) Fr. Vat. § 218, 219 (Ulpian ib).

[4]) Ueber Bedeutung dieses Ausdruckes vgl. Jörs a. a. O. S. 23 Anm. 1.

[5]) Jörs, a. a. O. S. 37 fg. Glück a. a. O. 22. B. S. 413 ff., 23 B. S, 102 ff. Mit Recht bezieht Sehling, a. a. O. S. 21 A. 8, das Fragment aus Gaius l. 1. ad l. Juliam et Papiam (l. 17 D. 23, 1) auf diese iura maritorum des sponsus.

rungsverbotes des fundus dotalis auf den bloss Verlobten gehört jedoch, was gut unterschieden werden muss, der extensiven Interpretation der späteren Jurisprudenz an (Gaius l. 11 ad ed. prov. in l. 4. D. 23, 5 u. Julian nach l. 6 C. 6, 61), desgleichen das schon der sponsa gewährte privilegium exigendi bezüglich der rückzustellenden dos (Hermogenian in l. 74 D. 23, 3 und Ulpian in l. 17 D. 42, 5). Dass in der lex Papia Poppaea die sponsi aber nicht mehr genannt waren, geht daraus hervor, dass die spätere Jurisprudenz bei Interpretation dieses Gesetzes immer mit dem Satze operirte, dass die Verlobten in der Bezeichnung jener et nurus inbegriffen seien (l. 6. D. 38, 10 Ulpian l. V. ad leg. Juliam et Papiam). Da nun nach Pomponius l. Enchyr. (l. 8 D. 38, 10) schon Servius Sulpicius Rufus, nach Ciceros Zeugnis der bedeutendste Jurist jener Zeit, einige Decennien vor der lex Papia Poppaea (703 circa) ganz allgemein jenen Satz vertreten hatte und auch Augustus nach Paulus Referat in l. 35 ad edict. (l. 14 § 4 D. 23, 2) denselben kannte, ist wohl anzunehmen, dass die sponsi in jenem Gesetze nicht mehr ausdrücklich genannt wurden, da dafür gener et nurus angeführt waren und ausserdem der Zusammenhang mit der lex Julia de mar. ord. diese Interpretation nahe legte. Damit steht in Einklang, dass von nun an in keinem Gesetze mehr der sponsi speciell gedacht wird, wohl nicht allein infolge dieser Interpretation, sondern wohl auch infolge der damals schon sinkenden Bedeutung der Sponsalien im römischen Familienleben und Verwandtenkreise. Die durch die lex Julia et Papia gegebene Begrenzung des Cognaten- und Affinenkreises ist offenbar für die ganze spätere Zeit massgebend geblieben, denn noch die Oratio des Severus (948/195) über das den Magistratstutoren gewährte Recht der potiorum nominatio bezieht sich bezüglich der Grenze der als potiores nominirbaren, selbst aber nicht berechtigten Verwandten ausdrücklich auf jenes Doppelgesetz [1]).

[1]) Frag. Vat. § 158, 210, 214. squ. mit den Ergänz. von A. v. Buchholtz (Fr. Vat. Regim. 1828, 8. excurs. II. p. 326). Ders. ad or. D. Severi de potiorum nom. Regim, 1824. Huschke, jurispr. ante just. ed.

Jene Quellenzeugnisse, welche uns schon für frühere Zeit eine Ingerenz der Verwandten auf die Tutelführung[1]), sowie ihr Vorkaufsrecht bei der bonorum emptio eines Verschuldeten[2]) andeuten, lassen keinen Schluss auf die Berücksichtigung der Verlobten unter den Affinen zu. Ebenso lässt sich mit Klenze (a. a. O. S. 77) nur eine Vermuthung darüber aufstellen, ob nicht im prätorischen Erbrecht, das wir nur als auf vir et uxor beschränkt kennen, früher alle Affinen berücksichtigt waren[3]). Es würde dies nur der bisher dargestellten vermögensrechtlichen Geschlossenheit des Cognaten- und Affinenkreises entsprechen.

14. Nicht so weit zurück, wie diese Berücksichtigung des Verwandtenkreises in vermögensrechtlicher Hinsicht, reichen begreiflicherweise jene Beschränkungen, welche gegenüber der Sippe zum Schutze der Rechtspflege und der Amtsgebahrung aufgestellt wurden. Letztere Absicht suchte nach Ciceros Zeugnis (Rull. de leg. agr. II, 8, 21; or. pro domo c. 20, 51), die lex Licinia und l. Aebutia (651)[4]) zu verwirklichen, indem sie durch Ausschluss der Verwandten eine naheliegende Begünstigung bei Besetzung von ausserordentlichen Magistraturen verhindert. Dem ersteren Zwecke entsprachen Volksschlüsse wie die lex Servilia (650—654)[5]) und Sullas lex Cornelia de injuriis

4. Leipzig 1879 p. 743. Hiezu Klenze a. a. O. 79 fg. Puchta a. a. O. I, S. 229 II, S. 424. Rudorff a. a. O. I, S. 118, 131. Ders. R. d. Vormundschaft, Berl. 1832. B. 2 § 97. Voigt a. a. O. III S. 1197, 1198 n. 1846.

[1]) Ulpian in l. 1 § 1 u. 2 pr. l. 6 D. ubi pupill. (27, 2). Klenze a. a. O. S. 48 A. 3 S. 50, 75.

[2]) l. 5 § 1 D. 42, 4. Gaius ad ed. prov. in l. 16. D. 42, 5. Klenze a. a. O. 74.

[3]) Klenze a. a. O. S. 74, 77, 83, 111. Voigt a. a. O. III. S. 1197. cf. Gaius Inst. III, 25 squ.

[4]) Klenze a. a. O. S. 36, 40. Voigt a. a. O. III. S. 1179. n. 1829 a. Rudorff a. a. O. I, 37.

[5]) Klenze, fragm. leg. Serviliae rep. 1825 p. 14, 38. Literatur hiezu angegeben bei Rudorff, a. a. O. I. S. 77, 212, der die Identität des Repetundengesetzes (C. J. L. I n. 193 lin. n. 10, 22) mit der lex Servilia bestreitet. Vgl. Klenze, verb. Grade, S. 35 fg. Voigt a. a. O. III. S. 1172, 1175 n. 1817, 1824.

(673) [1]), welche Cognaten und Affinen von der Anklageführung und von der Bestellung zum Geschwornen bei iudicia publica über Repetunden und Injurien ausschliessen (l. 5 D. 47, 10).

Auf alle iudicia publica bezieht sich endlich die lex Julia Augusti iudiciorum publicorum (729) [2]), welche den Cognaten und Affinen das Recht der Zeugnisverweigerung gibt und insoferne in diesen Zusammenhang gehört, als der Staat hier sein Interesse zum Ausdruck brachte, unzuverlässige, weil durch verwandtschaftliche Pietät erzwungene Zeugnisleistung auszuschliessen.

Zugleich war mit diesem Gesetze auch der ethischen Seite verwandtschaftlicher Beziehungen Rechnung getragen und eine Begünstigung der Cognaten und Affinen gegenüber der allgemeinen Zeugnispflicht ausgesprochen. Ulpian hat später mit Recht (in l. 1 § 10 D. 48, 18) die Unzulässigkeit der Tortur gegen Verwandte mit diesem Gesetze in Verbindung gebracht.

Denselben Grundsatz bezüglich der Excusation von Zeugnissen im Civilprocesse bringen vor der lex Julia iud. publ. schon c. 87 der lex Julia de vi publica et privata (708) [3]) und c. 95 der lex col. Jul. Genet. (710) [4]) zur Geltung.

Was die Berücksichtigung der Affinen, speciell der Verlobten in allen diesen leges iudiciariae betrifft, so zeigen dieselben, soweit Quellenzeugnisse Auskunft geben, das Gemeinsame, dass nur die gewöhnliche Schwägerschaft gerader Linie und die Stiefverwandtschaft sich genannt findet [5]).

---

[1]) cf. l. 12 D. 48, 2. Rudorff a. a. O. I. 100, Klenze a. l. a. O. S. 37. Voigt a. a. O. III S. 1172, 1175 n. 1817, 1824. Rein, Krim. R. S. 370.

[2]) l. 10 D. 38, 10 (Coll. IX, 3, 2 Paulus), l. 4, 5 D. 22, 5 (Paulus und Gaius ad leg. Jul. et Pap.). Puchta, Inst. I, S. 298. Rudorff a. a. O. I, S. 85, 95, II. 39. Klenze a. a. O. S. 38 fg. Voigt a. a. O. III. S. 1198 n. 1843, 1850.

[3]) Ulpian l. IX. de off. proc. ad leg. Jul. de vi publ. et priv. in der Coll. leg. Rom. et Mos. IX, 2. cf. l. 1 D. 48, 1. Paulus, V, 26. Voigt a. a. O. III. S. 1172, n. 1817, 1824, 1829[a] (dort noch andere Quellencitate). Vgl Klenze a. a. O. S. 39. Rudorff a. a. O. I. 85, II. 377. Puchta a. a. O. I § 107.

[4]) Voigt a. a. O. III. n. 1817, 1824.

[5]) lex. inc. rep. (Servilia): C. J. L. I no 198 lin. 10, 22; lex Julia

Auch hiebei erscheinen mehrfach nur die männlichen Affinen erwähnt, was darin leicht seine Erklärung findet, dass die normirten Verhältnisse für Frauen keine practische Bedeutung hatten. Drei der Gesetze jedoch enthalten eine Andeutung, welche schliessen lässt, dass man auch noch andere Affinitätsbeziehungen miteinbegriffen wissen wollte und diese einfach als priores gradus bezw. die Person allgemein als qui proprius eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget bezeichnete. So nicht nur nach Ulpians Zeugnis die lex Cornelia (l. 5. D. 47, 10), sondern auch c. 95 der lex col. Jul. Gen. von 710 mit fast denselben Worten. Auch die lex Jul. de iud. publ. (l. 4 D. 22, 5) enthält bei Aufzählung der Verwandten den Zusatz qui priore gradu sunt. Doch dürfte sich dieser nicht auf Cognaten und Affinen, sondern nur auf erstere, d. h. auf die unmittelbar vorherstehenden Worte sobrinum sobrinam sobrino natum beziehen[1]). Es ist wohl nicht zu zweifeln, dass jene Volksschlüsse in der Regel nur die Grenze bezeichneten, innerhalb welcher die betreffende Ausnahmsstellung der Verwandten gewährt war. Bei Affinen waren keine eigentlichen Grade gegeben, man führte daher die einzelnen Namen an und konnte wohl mit Recht annehmen, dass bei Nennung entfernterer Affinen die näheren wie Verlobte und Ehegatten eo ipso einbezogen erschienen. Letztere scheint man überhaupt als den nächsten Grad der Affinität angesehen zu haben, wie dies schon aus dem Umstande hervorgeht, dass das prätorische Edict den Ehegatten ausschliesslich von den anderen Affinen die bonorum possessio ertheilte[2]). Es ist daher zu vermuthen, dass man im practischen Rechtsverkehr wie im gesellschaftlichen Leben auch die Verlobten hier mitrechnete, wenn das Gesetz sie auch nicht ausdrücklich anführte. Dies zu thun, war erst der Zeit vorbehalten, wo der Brautstand nicht mehr so innig mit der

---

de vi (siehe oben Anm. 2) u. lex Jul. de iud. publ. (l. 4, 5 D. 22, 5) erwähnen einfach socer, gener, vitricus, privignus.

[1]) Klenze a. a. O. 111 spricht nur von der lex Cornelia, deren Satz ihm daher ganz singulär erscheint.

[2]) Vgl. oben S. 30 A. 2. Kuntze, Exc. I § 395.

Familie verband, wie nach älterer Volksanschauung. Erst die extensive Interpretation der classischen Jurisprudenz hat die Anwendung dieser Normen auf die sponsi ausgesprochen, da dies eben nicht mehr selbstverständlich erschien, man aber doch den oft wiederholten Satz des Servius: soceri et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus acquiri nicht fallen lassen wollte. Denn er allein gab die geeignetste, wenn auch nicht correcteste Erklärung jener alten Gesetzesstellen, wo die sponsi ausdrücklich unter den Affinen erwähnt waren.

15. Solcher Gesetze gab es aber ausser der erwähnten lex Cincia und lex Furia noch einige andere. Dies geht einmal daraus hervor, dass Augustus in einer Gesetzesbestimmung, welche, wie schon erwähnt, wahrscheinlich in seiner lex de adult. sich befand und für die Frage des Eheverbots gegenüber Verwandten der Verlobten von Bedeutung ist, sich dahin ausgesprochen hat, dass die Mutter der Braut als Schwiegermutter zu betrachten sei. Augustus hat sich damit zweifellos bei der Frage betreff der Verwandtenehen beschäftigt. Es kann diese Berücksichtigung der Verlobten bei Bestimmungen, welche mehr als alle bisher genannten die ethische Grundlage des Verhältnisses berühren, nicht mehr auffallen, wenn wir bedenken, dass nicht lange vorher die lex Pompeia de parricidiis (699—702)[1]) nach Marcians indirectem Zeugnis (l. 14 Inst. u. 1 de publ. iud. in l. 1, 3, 4 D. 48, 9) neben vir et uxor auch den sponsus aufgenommen hatte.

Es sind hier, wie Voigt (ius nat. III. S. 1175) richtig bemerkt, ganz specifische Gesichtspunkte, welche für die Bestimmung der Personenkreise dieser lex massgebend waren. Das Besondere liegt aber nicht, wie der genannte Autor anzunehmen scheint, in der weitgehenden Ausdehnung des Begriffes parricidium auf Cognaten und Affinen, denn im wesent-

[1]) Tit. ff. 48, 9 (de lege Pompeia de parricidiis) l. u. C. Th. et J. 9, 15, Paulus, V. 24, vgl. Rudorff a. a. O. I, 86. II. 374. Puchta a. a. O. I § 41 s. II. § 282. Zur Frage: Klenze a. a. O. S. 44 fg. Voigt, a. a. O. III. S. 1173 n. 1821, S. 1175, n. 1824, 1853, 1855. Rein, Kriminalrecht, S. 457.

lichen erscheint auch in diesem Gesetze nur die gewöhnliche Reihe der Affinen genannt, wenn wir von der speciellen Anführung der Ehegatten und des sponsus[1]) absehen. Aber auch diese Personen sind, wie schon gezeigt wurde, in einigen früheren Gesetzen (lex Cincia, lex Furia etc.) angeführt gewesen. Das Specifische der lex Pompeia de parr. und anderer im Zusammenhang damit noch zu besprechender Volksschlüsse besteht vielmehr darin, dass sie nicht, wie die bisher erörterten Gesetze, auf der privatrechtlichen Geschlossenheit des Familienvermögens oder auf Forderungen der öffentlichen Rechtspflege beruhen, sondern jene ethische und sociale Grundlage allein im Auge haben, auf welcher im Leben des römischen Volkes der weitere Begriff der Familie und der Kreis der Cognaten und Affinen fusste. Die lex Pompeia de parricidiis, die zunächst nur die Tödtung der Verwandten unter den Begriff des parricidiums und unter die von der lex Cornelia de sicariis eingeführte Strafe stellt[2]), erscheint nämlich, wie Paulus (lib. sing. de poenis omnium legum in l. 10 D. 48, 9) uns bestätigt, mit dem Vorrechte in Verbindung gebracht, das bei öffentlichen Anklagen de populo den Verwandten eingeräumt war. Dieses nur bei Klage wegen Mord gegebene unbedingte Vorrecht — zugleich eine Ausnahme vom Principe der Unzulässigkeit der Stellvertretung vor Gericht[3]) — wird mit Recht als eine Spur der uralten Sitte der

---

[1]) In l. 1 D. 48, 9 fehlt zwar das Wort sponsus. Aus Marcians Interpretation (l. 14 Inst. u. l. 1 de publ. iud. = l. 3, 4 D. h. l.) ergibt sich jedoch, dass dasselbe ursprünglich im Gesetze aufgenommen war. Vgl. S. 51 u. A. 1. Rossbach, a. a. O. S. 422. Betreff der uxor adultera (Ausnahme) vgl. Papinian in l. 39 § 8 D. 48, 5.

[2]) Vgl. § 6 J. 4, 18, wo jedoch der Begriff des Parricidiums auf parentis aut filii aut omnino adfectionis eius, quae nuncupatione parricidii tenetur fata — beschränkt und nicht auf die alias cognatione ad adfinitate conjunctas personas ausgedehnt wird. Osenbrüggen, d. altröm. Parricidium, 1841.

[3]) Vgl. darüber M. Rümelin, zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilproc. 1886 S. 46 fg. Dazu vgl. Ulpian IX ad ed. (l. 35 D. 3, 3) u. LVII ad ed. (l. 3 § 3 D. 46, 7). Rein, a. a. O. S. 234.

Blutrache erklärt, in der in ältester Zeit das verwandtschaftliche Band den schärfsten Ausdruck fand [1]).

In einem gewissen Zusammenhang mit diesem Vertretungsrechte der Verwandten vor Gericht stehen auch noch einige andere, nach ausdrücklichen Zeugnissen den personae necessariae gewährte Vorrechte im Prozesse, welche rein ethischen Gesichtspunkten entspringen, so z. B. das Vindicationsvorrecht im iudicium de libertate [2]), der Vorzug der Verwandtenappellation bei Todesurtheilen [3]) sowie das Vorrecht bei der accusatio tutoris suspecti [4]). Ob hiebei die Verlobten auch zu den Affinen gerechnet wurden, ist bei der Allgemeinheit der betreffenden Quellentexte nicht zu constatiren. Wenn wir jedoch die Ausdehnung des Vorrechtes der Verwandten bei der postulatio pro amico nach dem prätorischen Edicte [5]), ferner deren Stellung bei der potiorum nominatio des späteren Vormundschaftsrechtes ins Auge fassen, welche mit ausdrücklicher Berufung auf den von der lex Julia et Papia aufgestellten Affinenkreis normirt wird [6]), können wir wohl auch in diesen Fällen eine Einbeziehung der Verlobten unter die Affinen annehmen.

---

[1]) Vgl. Klenze, a. a. O. S. 44. v. Feuerbach, peinl. Recht, Giessen 1826 § 232 S. 199. Papinian (l. 2 pr. D. 48, 2) hat dieses Accusationsrecht auch auf die sonst unfähigen Frauen und zwar gegenüber allen Verwandten, gegen die sie nicht Zeugnis abzulegen verpflichtet sind, ausgedehnt vgl. auch l. 4. C. 9, 1 Alex. Severus ao. 222.

[2]) l. 1 § 1, 2, l. 3 § 1, 2, l. 6 D. 40, 12, hier wird auch die uxor genannt. Vgl. Voigt a. a. III S. 1201, Puchta a. a. O. I. S. 450. Klenze a. a. O. S. 46.

[3]) Erwähnt von Ulpian in l. 6 D. 49, 1 und Macer de appell. lib. 1 in l. 2 § 3 D. 49, 4.

[4]) Vgl. Rudorff a. a. O. II. S. 88, 348. Klenze a. a. O. S. 48.

[5]) Ulpian lib. IX. ad edictum in l. 35 pr. D. 3, 3; lib. VI ad ed. in l. 1 § 11, l. 6 D. 3, 1 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Tit. ff. 2, 4 (wohl l. 4), vgl. die spätere Jurisprudenz in l. 3 § 1—3 D. 1. 3. u. l. 6 cod. Klenze, a. a. O. S. 51. Im prät. Edict war ausser der Stiefverwandtschaft auch noch die uxor genannt. Voigt, a. a. O. III. n. 1824. Brinz, Pand. § 282, 3. Rudorff, a. a. O. II, 53.

[6]) Vgl. oben S. 38 und w. u. Dazu Klenze, a. a. O. S. 50, 79, 80. cf. Frag. Vat. § 117, 158, 214—16.

16. Das in diesen Normen zum Ausdrucke kommende ethische Moment erfährt jedoch noch weiter gehende Berücksichtigung in vielen anderen mehr oder weniger rechtlich wichtigen Verhältnissen. Hieher gehören jene aus uralten religiösen Anschauungen hervorgegangenen Gebräuche, welche die Familienverbindung nach Aussen hin kennzeichnen, so das ius osculi, das Familiengericht, das officium lugendi. Mit diesen stehen wohl auch die ältesten Eheverbote im Zusammenhang. Ferner müssen hier erwähnt werden jene späteren rechtlichen Bestimmungen, welche zum Theil an solche Sitten anknüpfen, wie die Infamie im prätorischen Edicte, der Begriff des adulterium in der lex Julia de adulteriis und die durch dieses Gesetz wahrscheinlich oder durch die lex Julia et Papia aufgestellten Eheverbote, soweit sich auch hier eine Berücksichtigung der Sponsalien zeigt, und aufklärende Momente resultiren für die spätere, sonst nicht verständliche Behandlung, welche den sponsi seitens der Jurisprudenz in diesen Verhältnissen zu Theil wird. Nur soweit es in dieser letzteren Beziehung nöthig ist, wird auch der Beurtheilung des Stiefverhältnisses gedacht werden.

Was nun zunächst die oben in erster Linie genannten rechtlich bedeutsam gewordenen Gebräuche betrifft, so lässt sich wegen Mangels klarer Quellenstellen, welche von Affinen als Genossen jenes Kreises von Rechten und Pflichten sprechen, nur höchstens eine Vermuthung aufstellen, dass diese den Cognaten auch hier gleichgestellt waren.

Dies gilt im allgemeinen vom ius osculi, dem Symbol des rechtlich geschlossenen Familienkreises, das schon von römischen Schriftstellern verschieden erklärt wird [1]). In der Kaiserzeit

---

[1]) Vgl. hierüber Klenze, a. a. O. S. 17 fg., 88. Dagegen Voigt, a. a. O. III. S. 1170 n. 1813, welcher auf Grund von Cic. de Rep. IV, 6, 6 diese Sitte als Ehrenrecht und Pflicht innerhalb des Verwandtenkreises auffasst. Vgl. die dort angegebenen Quellenstellen, von denen Arnobius adv. gentes II, 67 (Migne, V, 921) allerdings die affines erwähnt (affinibus et propinquis osculari eas ius est ut sobrias comprobent atque astemias se esse). Auch Polybius bei Athenaeus Deipn. X, 11 p. 440 spricht von Affinen, jedoch nicht klarer als obige Stelle. Ergänze zu Voigts

scheint dieses Kussrecht ausser Uebung gekommen zu sein [1]). Da mit demselben auch das ebenfalls uralte Institut der Familiengerichte [2]) in Verbindung steht, lässt sich wohl auch hier vermuthen, dass die Affinen ein gewisses Anrecht zur Berufung zu denselben hatten oder es wenigstens Brauch war, dieselben beizuziehen. Dies musste namentlich bei Frauen ausser väterlicher oder eheherrlicher Gewalt eintreten. Dass dieses consilium cognatorum et affinium auch bei Verlobung von Familiengliedern theilnahm [3]) ist ein weiteres Moment für diese Stellung der Affinen. Bloss Verlobte dürften jedoch kaum jemals zu diesem consilium beigezogen worden sein.

Sicher darf jedoch die Ausdehnung des officium lugendi auf Affinen und Verlobte für die ältere Zeit angenommen werden [4]), denn Paulus lib. V. ad edictum (l. 9 D. 3, 2) erwähnt ausdrücklich, dass um die Gattin und den sponsus man nicht mehr zu trauern verpflichtet sei [5]). Wie hoch man

---

Citaten noch Juvenal., VI. v. 1; Plautus Stich. act. 1, scen. 2. (Elmenh.); Tertullian Apologet. adv. gent. c. 6 (Migne ed. I. 354) kennt dieses ius schon als ausser Brauch gekommen. Nach Klenze, a. a. O. S. 19 wird es als „σύμβολον καὶ κοινώνημα τῆς συγγενείας« bezeichnet. Wichtig ist, dass Plutarch quaest. rom. 6 dasselbe mit dem Eheverbote unter Verwandten in Verbindung bringt, eine Erklärung, die am meisten Wahrscheinlichkeit für sich hat. Vgl. dagegen Rossbach, a. a. O. S. 434 fg.

[1]) Die schon oben S. 35 A. 1 erwähnten Termini: donatio adfinitatis coeundae causa und osculo interveniente bei Schenkungen unter Brautleuten scheinen noch ein Rest der alten Sitte zu sein, die Aufnahme in den Kreis der Sippe durch das osculum feierlich zu bekunden. Vgl. Klenze a. a. O. 72. Baron, r. Rg. 1884. I. § 29.

[2]) Vgl. Rudorff, a. a. O. II, 325 fg. und die dort n. 8, 9, 10, 11 angegebenen Quellencitate. Rein, Priv. R. d. R. S. 233 fg. Klenze, a. a. O., 27 A. 2, 31, 89. Voigt, a. a. O. III. S. 246 1170, 1221, n. 1814, 1922. Danz, r. Rg. § 189 d, e, f. § 190 f.

[3]) Rossbach, a. a. O. S. 217. Ihering, Geist etc. II, 1, 214; hiezu Cicero ad Quint. 2, 6. Appian bell. civ. 4, 30. Liv. 2, 36. Vgl. oben S. 26 A. 1.

[4]) Voigt, a. a. O. III, S. 1169 fg. Klenze, a. a. O. S. 32 fg. Marezoll, bürg. Ehre S. 158, n. 2.

[5]) cf. bes. l. 6 D. 23, 2. Verlobung im Hause hob übrigens die Trauerpflicht auf (Festus p. 154. s. v. minuitur). Während des Trauerjahres, das l. l.

dieses officium lugendi schätzte, bezeugt der Umstand, dass man nicht nur die Dauer der Trauerpflicht genau festsetzte [1]), sondern auch die Verletzung derselben als Bruch der Fidespflicht gegenüber Verwandten zuerst der sittenrichterlichen Strafgewalt der Censoren unterstellte (Livius, XXII, 35, 3, populi iudicio damnatus: Liv. XXVII. 34), während der Prätor am Ausgange der Republik mit dem Edict Infamia notatur die Strafe der Infamie darauf setzte [2]).

17. Unmittelbar daran im Satze anknüpfend belegt das prätorische Edict (nach Ulpian lib. I. ad ed. in l. 1 D. 3, 2) auch denjenigen mit der Infamie „quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. In beiden Fällen — Missachtung der Trauerpflicht und zweifaches Brautverhältnis beziehungsweise Bigamie — ist ersichtlich für den Prätor dasselbe Motiv massgebend gewesen: dort Verletzung der verwandtschaftlichen Pietät, hier Verletzung der durch sponsalia oder

---

D. 3, 2 als tempus quo elugere virum moris est erklärt wird, kann eine Verlobung der Witwe stattfinden (Paulus l. VIII ad ed. in l. 10 D. h. l.) Vgl. l. 11 § 1, 3 D. h. l; l. 15 C. 2, 11 beschränkt das off. lugendi auf die Witwe. Ulpian (l. VI ad ed. nach Huschke in frag. Vat. 320, 321.) erwähnt als — wie es scheint ursprüngliche — Fassung des Edicts Infamia notatur: quae virum, parentem liberosve suos, uti mos est, non eluxerit und interpretirt zu „parentem“: quatenus extendatur parentum appellatio, non est definitum apud quemquam. Itaque erunt lugendi etiam ex feminino sexu parentes. Aehnlich interpretirt er auch „liberos“. Die Stelle lässt übrigens auf einen Schulstreit bezüglich der Trauerpflicht schliessen, der sich auf den Unterschied des Geschlechtes bezog.

[1]) Paul. sent. rec. I, 21, 13; Plut. Numa, c. 12, Coriol. 39. Ulpian l. VI ad edict. (nach Huschke) in Fragm. Vat. § 321. Voigt, a. a. O. III. S. 1169 A. 1812.

[2]) Vgl. oben S. 25 u. A. 3 ebd. Hiezu Literatur und Quellen bei Voigt III. S. 903 n. 1412 u. n. 1204. Ders. r. Rg. I. S. 257, 263, 270. A. 48. Pernice, Labeo I 246, 449. Puchta, a. a. O. II. 103. Rudorff, a. a. O. II, 415. Betr. des Censorenstrafrechts vgl. Becker, r. Alterth. II, 2, 222 fg. Jarke, cens. Strafrecht, S. 105, 108. Huschke in Ztschr. f. gesch. Rwsch. X (1842) S. 335, 336. Rein, Pr. R. S. 191.

nuptiae geschaffenen Affinitätsbeziehung zum anderen verlassenen oder getäuschten Theile und zu dessen Familie. Sollte aber noch im Zweifel sein, dass es vorzüglich dieses ethisch-sociale Motiv des Schutzes bestehender Verwandtschaftsbande war, das den Prätor zu dieser Massregel bewog, so genügt darauf hinzuweisen, dass auch die spätere römische Jurisprudenz dieselbe in diesem Sinne verstand. Daher wird nach Ulpian l. c. (l. 11, 13 D. h. 1) wie bei Verletzung des officium lugendi auch hier derjenige nicht bestraft, der in fremden Namen handelte, wohl aber der, welcher zwei Verlöbnisse für seine Gewaltuntergebenen abschloss oder selbst gleichzeitig in Brautstand und Ehe sich befindet, selbst wenn das zweite Verhältnis factisch oder rechtlich unmöglich gewesen wäre. Es komme dabei, sagt Ulpian, nicht auf den gleichzeitigen Abschluss zweier Sponsalienverträge, sondern auf den gleichzeitigen Bestand zweier Sponsalienverhältnisse an [1]). Nicht der zweite unsittliche Vertrag (der bei Sponsalien schon damals rechtlich gar nicht mehr angefochten werden konnte), sondern das unsittliche Verhältnis, der Missbrauch verwandtschaftlicher fides begründete also Infamie. Dass bei solcher Strafsanction auch ein gewisser Schutz des rechtlichen Sponsalactes selbst gegeben war, konnte die Absicht des Prätors, die Werthschätzung des Brautverhältnisses wenigstens auf dem Gebiet socialer Sitte zu heben, nur unterstützen.

Wie sehr aber die prätorische Rechtssprechung sich von der Rücksicht auf verwandtschaftliche Verhältnisse leiten liess, bezeugt der besondere zeitlich spätere Abschnitt de postulando (Tit. ff. 3, 1) des Edicts, in dem den edictaliter infamirten Personen das sonst genommene Recht vor Gericht zu postuliren zu Gunsten ihrer nächsten Cognaten und Affinen belassen wurde [2]).

[1]) Quod ait praetor »eodem tempore« non initium sponsaliorum eodem tempore factum accipiendum est, sed si in idem tempus concurrant. Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia edicti punitur. Cum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest vel fas non est, erit notatus. l. 13 § 2—5 D. 3, 2, l. 5 C. 5, 3, l. 2 C. 5, 5. Nov. 89 c. 12.

[2]) Vgl. dazu Puchta, a. a. O. I. S. 449, 452 und Anm. h., II. S. 101.

Hiebei erscheint jedoch, wie schon erwähnt, nur die uxor neben der ganzen Stiefverwandtschaft erwähnt.

Es ist daher, wie Voigt[1]) richtig bemerkt, im ursprünglichen Edicte Infamia notatur, das der ausgehenden Republik angehört, das Brautverhältnis berücksichtigt, während das honorarische Edict der späteren Zeit die sponsa nicht mehr erwähnt. Doch handelt es sich m. E. nicht um frivole Auflösung von Verlöbnis oder Ehe (dies widerspricht schon dem Wortlaute des Edicts)[2]), sondern um Verletzung verwandtschaftlicher Beziehungen. Hiebei erklärt sich die Nichterwähnung der sponsa neben uxor, nurus, noverca, privigna etc. leicht daraus, dass zu jener Zeit schon der Satz des Servius sich einzubürgern begonnen hatte: die Affinitätsnamen socer, socrus, gener, nurus seien auch auf Verlobte zu beziehen (vgl. S. 30, 38, 50).

Da nach Paulus 35 ad edict. (l. 14 § 4 D. 23, 2) auch Augustus diesen Satz schon kannte und — wahrscheinlich in der lex de adulteriis — anwendete, so begreift es sich, dass in den anderen Bestimmungen dieses Gesetzes über adulterium und dessen accusatio, sowie in der Norm de fundo dotali[3]) die sponsa nicht besonders erwähnt war, wie dies von Gaius l. 11 ad ed. prov. (l. 4 D. 23, 5) und in l. 5 C. 6, 61 (Const. Leo und Anthemius ao. 473) mit Berufung auf einen in den Digesten nicht vorfindlichen Ausspruch von Julian ausdrücklich bezeugt wird. Ob die sponsa auch, gleich der uxor, vom infamirenden iudicium rerum amotarum — in honorem matrimonii, wie Gaius (l. 2 D. 25, 2) oder propter reverentiam personarum, wie Paulus

---

Karlowa in Zeitschr. f. Rg. IX. (1870) S. 222. Savigny, System, II § 76—83, S. 215, 546 u. Beil. VII. Rudorff, a. a. O. II, 53. Vgl. oben S. 44 u. Anm. 4 ebd.

[1]) a. a. O. III, S. 740 n. 1204, 1412, 1824, 1852.

[2]) Dieser Ansicht Voigts widerspricht auch Karlowa, r. Rg. 2, 177.

[3]) Vgl. darüber oben S. 37. Mit den citirten Stellen ist in Verbindung zu bringen l. 6, 35 D. 23, 5, l. 101 D. 50, 16, wo Papinian und Modestin den Begriff adulterium ausdrücklich auf die nupta einschränken. Vgl. noch Sehling, das Strafsystem der lex Julia de adulteriis, in Zschr. d. Savignystiftung. Abth. f. r. Rg. IV, 160.

(l 3. D. h. t.) sagt — befreit war und nur mit condictio furtiva belangt werden konnte, ist fraglich [1]). Immerhin können wir aber annehmen, dass in den meisten Verhältnissen und Rechtsfragen, in denen die sittliche und gesellschaftliche Stellung der sponsi in Betracht kam, dieselben, wenn auch nicht stets in der betreffenden Rechtsnorm, so doch in der Praxis, im Sinne jener Sentenz des Servius, auch rechtlich stets als Mitglieder des Affinenkreises, als necessarii, propinqui, cari etc. betrachtet wurden [2]).

18. Es kommt dies schon dadurch zum Ausdruck, dass, wie die Beziehung zwischen den Ehegatten, so auch jene zwischen den sponsi in den späteren Aussprüchen der Jurisprudenz, die uns erhalten sind, vielfach als adfinitas bezeichnet wird [3]). Rechtliche Grundlage bildete der Satz des Servius (Pomponius 1 Ench. in l. 8 D. 38, 10), den, wie schon erwähnt, Augustus hinsichtlich der ehehindernden Wirkung der Sponsalaffinität acceptirt hat. Die spätere Jurisprudenz hat diesen Satz nicht nur anstandslos übernommen und wiederholt ausgesprochen, sondern denselben auch auf die Affinität mit den Verlobten der Ascendenten ausgedehnt. Welchen Gedankengang man dabei verfolgte, ersehen wir aus Ulpians Ausspruch lib. V ad leg. Jul. et Pap. (in l. 6 D. 38, 10). Da nach Labeo die Frau des Enkels als nurus (proneptis loco nach dem androcratischen System, das hier schon verlassen erscheint) gelte [4]) und unter gener, nu-

[1]) Die einzige Stelle, die darauf deutet, (l. 3 § 2 D. h. t.: sed et cum uxore furti agere possibile est, si — furtum fecerit — nobis antequam nuberet) ist wohl nicht, wie Tigerström, Rgsch. S. 451 A. 17 meint, in diesem Sinne aufzufassen.

[2]) Dies mag wohl auch auf jene rein socialen Pflichten zu beziehen sein, welche dem Kreise der Verwandten auf Grund der Volkssitte oblagen. Vgl. dazu Voigt, a. a. O. III S. 210 n. 287, S. 1179; Klenze, a. a. O. S. 7 fg. Hiebei kamen die Affinen an sechster Stelle nach parentes, pupilli, hospites, clientes, cognati, aber vor den amici.

[3]) cf. l. 8 D. 12, 4; l. 38 § 1 D. 22, 1; l. 34 D. 23, 3; Frag. Vat. § 262, 302; l. 15 C. 5, 3; l. 5 C. 6, 24. const. un. C. 10, 35. Darüber Sell in Arch. f. civ. Praxis, 22. Bd. (1839) S. 244 fg. Siehe oben S. 30, wo noch Paulus rec. sent. l. V, 12, 2 einzufügen ist.

[4]) Vgl. Julian in 201 D. 50, 16 und Callistratus in 220 D. h. t. Gaius, Inst. I, 114, 116, II, 3, 159.

rus man auch die sponsi verstehe, so müssten consequent auch die Namen socer, socrus auf die parentes sponsorum bezogen werden. Dieselbe Auffassung theilte ausser Pomponius (in der obenerwähnten Stelle) noch Gaius [libro IV. ad leg. Jul. et Pap. in l. 5 D. 22, 5, wo jedoch aus schon angegebenen Gründen nur des sponsus (gener) und pater sponsi (socer) gedacht ist]; hiemit wurden also die die Affinen excipirenden leges Juliae de vi publica et privata sowie de iudiciis publicis auch auf die sponsi und deren Ascendenten, bezw. auf die Verlobten der Descendenten ausgedehnt [1]). Die obige Sentenz Ulpians bezog auf dieselben Personen auch die Begünstigungen der lex Papia caducaria betreff der solidi capacitas [2]). Marcian in libr. XIV. inst. (l. 3 D. 48, 9) endlich unterstellte die sponsi und deren Ascendenten der lex Pompeia de parricidiis mit der Bemerkung, dass die noverca et sponsa einfach vergessen sei (sententia legis tamen continentur) [3]). Zur lex Julia iud. publ. wiederholt er (lib. 1 de publ. iud. in l. 4 D. h. t.) fast wörtlich den obigen Satz Ulpians [4]).

Ulpian († 981 a. u./228) erscheint überhaupt als der energischeste Vertreter der Gleichstellung von sponsalia und matrimonium, und zwar nicht bloss bezüglich der rechtlichen Affinitätswirkungen dieser Verhältnisse, sondern auch betreff des rechtlichen Characters der diese verwandtschaftlichen Beziehungen constituirenden Acte. Die meisten der in Tit. ff. 23, 1 de sponsalibus aufgenommenen Sentenzen rühren von Ulpian her und die Schlussfolgerung sicut nuptiis, ita sponsalibus (l. 11 D. h. t., ähnlich l. 7, 16 eod.) ist ihm typisch. So gestattet er dem sponsus die prätorische actio iniuriarum [5]) wegen Beleidigung der sponsa (l. LVII ad edictum in l. 15 § 24 D. 47, 10), räumt der sponsa bei Rückforderung des zur künftigen

[1]) Vgl. § 14 S. 39.

[2]) Vgl. oben S. 38.

[3]) Vgl. oben S. 43 u, A. 1. In Bas. l. 60 t. 40, 1 sind daher alle diese Personen aufgenommen.

[4]) Vgl. oben S. 40.

[5]) Vgl. oben S. 39, 43. Rein, Kriminalr., Leipzig 1844, S. 361, 369.

dos gegebenen Vermögens das privilegium exigendi wie der Ehefrau ein (l. LXIII ad edict. in l. 17 § 1 D. 42, 5) [1]), dehnt in l. XXXIII ad Sabin. (l. 32 § 22 D. 24, 1) die Bestimmungen der Orationen des Severus und Antoninus (959/206), wonach die sonst unter Ehegatten nichtigen Schenkungen bei bis zum Tode des Schenkers nicht erfolgtem Widerrufe convalesciren sollen, auch auf unter sponsi erfolgende donationes in tempus matrimonii collatae aus, welche sonst nach Ansicht Julians (l. XVII Dig. in l. 1 § 1 D. 39, 5) und des Neratius (l. 2 membr. in l. 8 D. 12, 4) bei nicht erfolgter Ehe zurückgefordert werden können [2]). Aehnlich hatte schon Papinian († 965/212) in libr. XII. resp. (frag. Vat. 262) entschieden. Bemerkenwerth ist, dass Ulpian unter Berufung auf Labeo (lib. VI post. a Javoleno epit. in l. 65 D. 24, 1) und auf Papinian lib. X quaest. (fehlt in den Digesten) in dieser Frage wie Neratius l. c. die nupta minor duodecim annis nur dann der nupta matura bezw. der sponsa gleichstellt, wenn: sponsalia antecesserint. Denn: durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit [3]). Julian ist entgegengesetzter Ansicht und lässt die in domum quasi mariti deducta als sponsa gelten, weil ihm die deductio die formelle Bedeutung der sponsalia als Beweismoment für die affectio maritalis ersetzt. Justinian erst entschied die Controverse [4]).

Man ersieht aus diesem Schulstreite, wie wenig trotz des wesentlichen Unterschiedes zwischen Eheschluss und Verlöbnis die Grenze zwischen Ehe und Brautstand alsThatbeständen persönlicher Beziehungen aufrecht erhalten wurde. Dagegen sprach ebenso die althergebrachte Sitte des römischen Familienlebens, diese beiden Personen gleicherweise zum Kreise der Cognaten und Affinen, und

---

[1]) Vgl. oben S. 38.

[2]) Vgl. auch Ulpian lib. XXXI ad Sabinum in l. 7 D. 23, 3, dagegen Callistratus l. II quaest. in l. 8 cod. Die Schenkung muss sofort ausgeführt werden: l. 5 D. 24, 1. Vgl. zur Frage oben S. 35 A. 1 und l. 36, 66 D. 24, 1.

[3]) l. 32 § 27 D. 24, 1, l. 9 D. 23, 1, l. 4. D. 23, 2, l. 68 D. 23, 3. Vgl. zur Frage Sehling, a. a. O. S. 16, 22.

[4]) l. 24 C. 5, 4.

zwar unter letzteren an erster Stelle, zu zählen, wie auch die dargestellte seit dem sechsten Jahrhundert der Stadt massgebend gewordene Rechtsentwicklung, welche dieser Volksanschauung Rechnung trug. Die dadurch bewirkte Gleichstellung der sponsi und conjuges in den meisten jener Beziehungen, in welchen die adfinitas, das persönliche Band zwischen ihnen selbst und ihre Stellung unter den Affinen in Betracht kam, sowie die gleichzeitige rechtliche und begriffliche Verschiedenheit zwischen Eheschluss und Verlöbnisact könnte nicht besser zum Ausdruck kommen, als dies nach Ulpians Referat (libr. sec. de adulteriis in l. 14 § 3 D. 48, 5) in einem Rescript Severi et Antonini (ao. 197) geschieht, worin das von der lex Julia de adulteriis [1]) normirte Accusationsrecht wegen adulterium auch dem sponsus gegenüber der sponsa (iure extranei, aber nicht iure mariti: § 8 ib. u. Paulus in Coll. IV, 6, 1) gegeben wird: quia neque matrimonium qualecunque nec spem matrimonii violare permittitur. Entsprechend seiner obenerwähnten Auffassung lässt hiebei Ulpian § 8 l. c. die minor duodecim annis in domum deducta wegen des noch in unmündigem Alter begangenen Ehebruchs aus diesem Rescript „quasi sponsa“ (l. 17 D. 42, 5 nennt er sie quasi uxor) angeklagt werden, nicht iure viri. Da der Begriff adulterium ausdrücklich (Papinian, l. 6 l. c. Modestin l. 35 eod. und l. 101 D. 50, 16) auf die nupta bezogen wird [2]), erscheint somit in beiden Fällen die sponsa ihr gleichwerthig behandelt. Modestin brachte damit nur seinen in libr. sing. de enucl. casibus (l. 15 D. 23, 2) ausgesprochenen Grundsatz zur Geltung: scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere. Dieses Princip hatte schon Modestins Lehrer, Ulpian, für das Verbot der Libertinenehe von Senatorenkindern zur Oratio impp. Antonini et Commodi zur Anwendung gebracht (lib. III ad leg. Juliam et Papiam in l. 16 D. 23, 2). Dass aber auch andere diese Ansicht vertraten und daraus noch weitere

[1]) Vgl. oben S. 49. Die spätere l. 7 C. 9, 9 bezieht sich nur auf stuprum (iniuriae).

[2]) Nach Modestin und Papinian l. c. waren die Begriffe adulterium und stuprum in der lex Julia de adult. noch nicht geschieden, sondern gleichbedeutend.

Schlüsse zogen, wird dadurch bezeugt, dass Papinian lib. sing. de adult. (l. 12 § 7 D. 48, 5) es für nöthig hält auf die Frage zu reagiren: an iure mariti possit accusare vir eam feminam, quae, cum ei desponsa fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita. Papinian verneint die Frage sehr bündig. Wir können aus seiner Antwort entnehmen, dass der Bruch des Verlöbnisses rechtlich ganz ohne Folgen war. Es sollte nur ein repudium (renuntiatio) erfolgen, das nach Gaius lib. XI ad ed. prov. (l. 2 D. 24, 2), Modestin lib. IX differ. (101 D. 50, 16) und Paulus lib. XXXV ad edict. (191 D. eod.) auch bei matrimonium [1]) möglich war, während der Begriff divortium auf letzteres beschränkt wurde. Hier schlägt auch der einzige, in den Digesten aufgenommene Fall ein, in dem Ulpian seine Lehre von der principiellen rechtlichen Gleichstellung der sponsalia mit matrimonium nicht festhält. In l. III ad leg. Jul. et Papiam (l. 45 D. 23, 2) sagt er ausdrücklich, dass zwar die mit dem Patron verheirathete, nicht aber die nur verlobte liberta der Einwilligung desselben zur Lösung des Verhältnisses und zur Ehelichung eines Anderen bedürfe. Dies ist um so auffallender, als jenes Gesetz, wie überhaupt die Ehereform des Augustus die sponsa stets unter die Bestimmungen für die conjuges einbezieht (vgl. bes. l. 44 D. h. t. und oben S. 37 fg.).

Wie Ulpian in l. 14 § 3 D. 48, 5 von spes matrimonii, in l. 6 D. 23, 2 von spes nuptiarum spricht, so nennt auch Paulus in l. 191 D. 50, 16 die sponsalia ein futurum matrimonium; diese Ausdrucksweise passte eben vortrefflich sowohl auf die wiederholte rechtliche Gleichbehandlung von sponsalia und matrimonium (nuptiae), von sponsa, nuptura und nupta, als auch auf den Character des Sponsalactes als eines eheversprechenden Vorvertrages. Gerade die klassische Jurisprudenz aber hat den Vertragscharacter, ebenso der nuptiae wie der sponsalia, am weitgehendsten zur Geltung gebracht [2]). Damit geht Hand in Hand

[1]) Nur waren verschiedene Formeln gebräuchlich. Für das Verlöbnis die bekannte: conditione tua non utar. Vgl. die citirte Gaiusstelle und l. 10 D. 23, 2 (Ulpian), l. 38 D. 24, 3 (Marcellus).

[2]) Hiefür namentlich interessant die Behandlung der von Scaevola

die Betonung der Bedeutung des Consenses als des massgebenden Momentes für den Abschluss des Ehecontractes und der Sponsalien, worauf schon Julian lib. XVI Dig. (l. 11 D. 23, 2) und Gaius lib. sing. de form. hypoth. (in l. 4 D. 20, 1) hingewiesen hatten. Der bekannte Satz Ulpians: nuptias enim non concubitus, sed consensus facit (l. 15 D. 35, 1=30 D. 50, 17 d. r. j. und l. 32 § 13 D. 24, 1), der wiederholt von nun an sich findet, bezeichnet den Kern der Eheschliessungslehre dieser Periode [1]).

19. Die dargestellte rechtliche Beurtheilung der Sponsalien ist, wie es scheint, bis Justinian massgebend geblieben. Unter den späteren Juristen der Kaiserzeit hat die Gleichstellung der sponsi mit den conjuges keine wesentliche Abschwächung erfahren, im Gegentheil sind die meisten Bestimmungen dieser Art in die justinianischen Gesetzbücher aufgenommen worden und haben, wie wir sehen werden, im byzantinischen Rechte manche Erweiterung noch erfahren. In den Digesten finden sich jedoch aus der Zeit nach Ulpian einige Belegstellen dafür, dass man nicht mehr in allen Beziehungen die gedachte Gleichstellung vertrat, besonders dort, wo es sich um exceptionelle Prohibitivsätze handelte, z. B. das Verbot der Verheiratung mit einer Provincialin während der Dauer des Amtes in der Provinz (Paulus lib. sec. sentent. in l. 38 D. 23, 2). Hieher gehört auch Ulpians obcitirte Stelle (l. 45 D. 23, 2) und in gewissem Sinne auch die erwähnte Nichtausdehnung des Accusationsrechtes iure mariti wegen adulterium, obwohl dieser Begriff seit der Oratio Severi auch für die sponsa galt. Ebenso erklärt Paulus, dass um den sponsus keine Trauerpflicht

---

lib. IX Digest. (l. 66 D. 24, 1) aufgeworfenen Rechtsfrage wegen Geltung von Schenkungen ante matrimonium contractum quod consensu intelligitur. Der Ausdruck matrimonium vel nuptias legitime contrahere wird jetzt ganz und gäbe: l, 10, 22, 34, 35, 44 § 6, l. 50, 65 D. 23, 2; l. 69 D. 23, 3; l. 40 D. 24, 3 u. v. a.

[1]) Vgl. ausserdem noch l. 4 D. 22, 4; l. 2, 6, 16 § 2, l. 21, 22 D. 23, 2, l. 4 D. 25, 7, l. 31 pr. D. 39, 5, l. 8, 12, 14, 22, 26 C. 5, 4; l. 8 pr., 11, C. 5, 17; Nov. 22 c. 3, 18; betr. Verlobung: l. 4—8, 10—14 D. 23, 1.

bestehe und dass eine Witwe während des Trauerjahres sich ungehindert verloben dürfe (lib. V, VIII. ad edictum in l. 9, 10 D. 3, 2 [1]). Dagegen verbietet auch dieser Jurist die Verlobung des tutor mit seiner pupilla auf Grund eines Senatusconsult unter Antonin und Commodus (libr. sing. ad orat. d. Ant. et Comm. in l. 60 § 5 D. 23, 2) und behält das Verbot der lex Julia et Papia betr. der Senatorenehe mit Libertinen und Schauspielerkindern in der Ausdehnung auf die Verlobung bei (l. primo ad leg. Jul. et Papiam in l. 44 pr. § 1. D. 23, 2). Im ersteren Falle begründet Paulus seine Aeusserung sogar ausdrücklich mit dem allgemeinen an Ulpian erinnernden Satz: cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne desponderi quidem posse: nam quae duci potest, iure despondetur. Die auf demselben Princip beruhenden Responsen Ulpians und dessen Schülers Modestin über Senatoren- und Tutorenverlobung wurden schon oben (S. 53) besprochen. Ebenso betont Paulus, wie schon Julian, das Erfordernis des Consenses des filius familias zu seiner Verlobung (l. 11, 13 D. 23, 1). Wenn jedoch von ihm bei Aufzählung der von der lex Julia iudiciorum publicorum excipirten Personen (libr. II ad leg. Jul. et Pap. in l. 4 D. 22, 5) der sponsus nicht ausdrücklich genannt wird, so darf daraus ein Schluss auf dessen Nichtbegünstigung umsoweniger gezogen werden, als ja ausdrücklich von den Personen, qui priore gradu sint, gesprochen wird und überdies der socer und gener angeführt werden, so dass nach der damals allgemein acceptirten Fiction, die Gaius zu den Gesetzen über die Befreiung der Cognaten und Affinen von der Zeugnispflicht in Ablehnung an die Sentenz des Servius aussprach (l. 5 D. h. t.), Paulus jedenfalls auch an dieser Stelle die Verlobten einbezogen haben wollte.

Immerhin ist jedoch zu bedenken, dass, wenn auch jene Fiction allgemein in Geltung bei der Jurisprudenz blieb, den-

[1]) Vgl. hiezu Ulpian l. 35 ad Sab. (. 6 D. 23, 2) und l. 8 ad Ed. (l. 23 D. 3, 2). Die Trauerpflicht um die Affinen scheint in der Kaiserzeit früh abgekommen zu sein. Die Beibehaltung des off. lugendi um den vir war durch die Gefahr einer confusio sanguinis begründet. Vgl. oben S. 46 A. 4.

noch der derselben zu Grunde liegende Satz: dass auch das Brautverhältnis wahre Affinität bewirke, nicht mehr allgemein anerkannt wurde. Denn wir finden in dieser Periode, sowohl in der Jurisprudenz wie besonders in der Legislative, mehrfache Zeugnisse dafür, dass man die eigentliche Affinität nur mehr aus der Ehe ableitete, die den sponsalia auf Grund jener Fiction zugetheilten Rechtswirkungen aber als Ausfluss einer nur uneigentlichen, nachgebildeten Affinität betrachtete. So wurde bereits erwähnt, dass der Abschnitt de postulando des honorarischen Edicts Infamia notatur nach Ulpians Referat (lib. VI ad edict. in l. 1 § 11 D. 13, 1) die sponsi nicht mehr unter jene Verwandten aufgenommen hat, für die Infame ausnahmsweise postuliren dürfen, obwohl das Edict sonst alle Affinen, namentlich auch die uxor anführt. Seit den julischen Gesetzen erscheinen überhaupt die Verlobten in der Legislative mit Ausnahme der oft genannten Oratio Severi et Antonini nirgends mehr ausdrücklich mit Affinitätswirkungen betheilt. Auch diese Oratio bezog sich auf eine lex Julia (de adulteriis), wie überhaupt die bisher erörterte extensive Interpretation der respondirenden Rechtssprechung, wenn wir genauer zusehen, grösstentheils, mit Ausnahme der Auslegung der lex Pompeia de parricidiis und lex Cornelia de iniuriis, an die Gesetzgebung des Augustus, an die verschiedenen leges Juliae (de mar. ordinibus, de adulteriis, iudiciorum publicorum, de vi publica et privata, l. Papia Pappaea caducaria) anknüpft, ein Beweis, dass dort entsprechende klare Normen gegeben waren (cf. l. 14 § 4 D. 23, 2 i. f.). Viel wichtiger ist es, dass wir zugleich in der Jurisprudenz directe Aussprüche dafür finden, dass nur die Ehe Affinität begründe, und dass mehrfach bei Aufzählung der Affinen weder die Ehegatten, noch die Verlobten genannt werden, obwohl sonst alle verschwägerten Personen namentlich angeführt erscheinen [1]). Zwar zählt Paulus noch zur lex Cincia die sponsi und conjuges unter den personae adfinium ausdrücklich auf (Fragm. Vat. § 302). Doch ist dies offen-

[1]) l. 4 § 3, 8 D. 38, 10 (Modestin l. 12 Pand.). Voigt, a. a. O. III. S. 1197 fg.

bar darauf zurückzuführen, dass ihre Namen im Wortlaute des alten Gesetzes standen und Paulus, der Geschenke unter Brautleuten [1]), ja entgegen den damaligen mores auch unter Eheleuten in Ausnahmsfällen [2]) gestattete, keinen Grund hatte, hier den Text zu modificiren, wie er dies bei anderen leges thut. Ebenso erwähnt noch Marcian, einer der letzten bedeutenderen Juristen der heidnischen Kaiserzeit [3]), zur lex Pompeia de parricidiis, wie schon erwähnt, nicht nur die Fiction des Servius und Ulpian (Marcian 1 de publ. iud. in l. 4 D. 48, 9), sondern schiebt ausdrücklich die noverca und sponsa als dem Sinne des Gesetzes entsprechend ein (lib. XIV Inst. in l. 3 D. h. t.), obwohl das Gesetz die Namen gener nurus, vir et uxor und wahrscheinlich auch des sponsus schon enthielt, also die Einbeziehung die sponsa fast selbstverständlich war [4]). In demselben Buche (l. 1 D. 48, 11) erwähnt dieser Jurist zur lex Julia repet. nur die uxor als affinis excepta. Hermogenian, der schon der Uebergangsperiode zum christlichen Recht anzugehören scheint [5]), vertritt noch Ulpians Ansicht, dass das priv. exigendi bei Rückforderung des zur dos gegebenen Vermögens auch der sponsa bei nicht erfolgter Heirath, bezw. wenn sie minor duodecim annis ut uxor habeatur, gebühre [6]).

20. Alle diese einzelnen Zeugnisse, insbesondere Marcians Interpretation, welche die Ausdehnung bestimmter Rechtswirkungen von den Ehegatten auf die sponsi stets ausdrücklich erwähnen, beweisen, in Zusammenhang mit den früheren Aussprüchen der klassischen Jurisprudenz gebracht, zur Genüge, dass die Anwendung des von Servius und Augustus eingebürgerten, von Gaius, Pomponius und Ulpian zu ausgedehnter Geltung gebrachten Satzes: soceri et socrus et generi et nurus appella-

---

[1]) Fragm. Vat. § 96, l. 36 D. 24, 1, vgl. oben S. 35, 51.

[2]) cf. l. 14, 26, 43 D. h. t.

[3]) Vgl. Rudorff, a. a. O. I. S. 198.

[4]) Vgl. hiezu oben S. 43 u. 51.

[5]) Vgl. Rudorff, a. a. O. I. S. 199.

[6]) lib. V. epit. in l. 74 D. 23, 3 mit Ulpian l. LXIII ad ed. in l. 17 D. 42, 5, vgl. oben S. 38 u. 51.

tionem etiam ex sponsalibus acquiri nicht als allgemein zulässig galt, sondern nur in jenen Fällen, wo das Gesetz selbst die sponsi erwähnte oder die respondirende Jurisprudenz jene Interpretation ausdrücklich gestattete. Diese Ansicht stand vollständig im Einklang mit der Erscheinung, dass der Kreis der Affinen überhaupt im Rechte nicht in bestimmten Grenzen festgesetzt und anerkannt war, sondern nur von Fall zu Fall, dem Charakter der zu normirenden Rechtsverhältnisse entsprechend, festgestellt wurde. Gerade Modestin, der überhaupt in unserer Frage eine sehr exceptionelle Stellung einzunehmen scheint, da sich mit Ausnahme von l. 15 D. 23, 1 kein Zeugnis aus seiner Feder zu Gunsten einer Gleichstellung der sponsi mit den Ehegatten und Affinen vorfindet, bringt diese Auffassung unzweideutig zum Ausdruck, indem er seine Erörterungen über die adfinitas (libro XII pand. in l. 4 D. 38, 10) mit den bezeichnenden Worten einleitet: Sed quoniam quaedam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est, hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere. Adfines sunt etc. Der Affinität ist somit nur in bestimmten Beziehungen rechtliche Relevanz beigelegt, nur von Fall zu Fall werden auch die Affinen als necessarii behandelt und bestimmte iura der Cognaten auch auf sie ausgedehnt, wobei dann die betreffenden Affinen stets genannt werden. Ethische und rechtliche Bedeutung der Affinität ist also im römischen Recht nie identisch geworden. Das bestätigen die allgemein von Affinitätsrechten sprechenden Quellenzeugnisse [1]) ebenso, wie die von der Jurisprudenz gefühlte Not-

[1]) So unterscheidet Gellius XIII, 3 ausdrücklich: — necessitas vis quaepiam premens et cogens, necessitudo autem dicatur ius quoddam et vinculum religiosae conjunctionis — — necessitas sane pro jure officioque observantiae affinitatis ve infrequens est: quamquam, qui ob hoc ipsum ius affinitatis familiaritatisque conjuncti sunt, necessarii dicuntur. Das ius affinitatis ist also keine necessitas cogens, sondern eine necessitudo, eine ethische Beziehung (vinculum rel. conj.), die vereinzelt (infrequens) im Rechte berücksichtigt wird. Daher Marcian l. I inst. (in l. 12 D. 1, 1): nonnunquam ius etiam pro necessitudine dicimus veluti »est mihi ius cognationis vel adfinitatis«. Auch Paulus sagt (l. 223 D. 50, 16): Amicos (das deutsche

wendigkeit einer extensiven Interpretation der Affinennamen [1]). So erklärt sich ferner, dass die Affinität als rein rechtliche Beziehung nach Fortfall des seinen Thatbestand begründenden persönlichen Verhältnisses untergeht und darüber hinaus mit einer einzigen allgemeinen Ausnahme und wenn es nicht besonders bestimmt wird, keine weitere rechtliche Wirkung äussert [2]). Endlich ersehen wir aus dieser Rechtsauffassung,

---

Sippe, Gefreundete) appellare debemus — quibus fuerint iura — honestis familiaritatis quaesita rationibus. Aehnlich Modestin lib. sing. de heur. (l. 9 D. 26, 10), Ulpian fr. Vat. § 158, 210. Callistratus l. 1 ad ed. mon. (l. 2 D. 3, 6), Plinius panegyr. c. 37, 39. Betreff gemeinsamer officia und sacra privata der necessarii und cari vgl. Klenze, a. a. O. 13 fg. bes. noch Voigt, ius nat. III. S. 210 n. 287. Sell, a. a. O. S. 243.

[1]) Betr. gener und nurus: Für das Postulationsedict Pomponius bei Ulpian 6 ad edict. (l. 3 § 2 D. 3, 1), zur lex Papia Ulpian l. V. ad leg. Jul. et Pap. (in l. 6 D. 38, 10 (Labeo) und l. 136 D. 50, 16), betr. der ehehindernden Wirkung: Paulus l. ad edict. (in l. 14 § 4 D. 23, 2), Modestin l. XII pand. (in l. 4 § 6 D. 38, 10); betreff socer und socrus: wie oben Pomponius bei Ulpian l. c. (l. 3 § 2 D. 3, 1) und Ulpian l. LXI ad ed. (l. 50 D. 50, 16), Paulus l. c., Modestin l. c., ferner Terentius Clemens l. II. ad leg. Jul. et Papiam (l. 146 D. 50, 16), vgl. Pomponius lib. XVI ad Sabin. (l. 16 D. 24, 3); betr. der privigna: Aristo bei Pomponius l. IV ex Plautio (l. 40 D. 23, 2). Vgl. hiezu Voigt, a. a. O. III. S. 1199 n. 1854. Auch für die Cognatennamen wurde die gleiche Ausdehnung in der geraden Linie fingirt: betr. pater und filii: Julian l. 81 dig. (l. 201 D. 50, 16), Paulus l. s. d. adv. lib. (l. 59 D. 23, 2) betr. parentes: Gaius lib. 23. ad. ed prov. (l. 51 D. h. t.), betr. liberi: Callistratus lib. 2 quaest. (l. 220 D. h. t).

[2]) l. 6, 7 Inst. 1, 10, Ulpian lib. VI ad ed. (l. 3 § 1 D. 3, 1), Paulus lib. 71 ad edict. in fragm. Vat. § 303: leges enim quae voluissent etiam eos excipere, qui fuissent, nominatim id cavisse. cf. l. 84 D. 23, 3. Mod. 12. Pand. (l. 4 § 11 D. 38, 10). Die capitis deminutio maxima und media (Modestin l. c.) bewirken ebenfalls Lösung der Affinität aus Ehe und Sponsalien, nicht aber die cap. dem. minima. Singuläre Ausnahmen statuiren Paulus l. VII ad Sabinum (l. 6 pr. D. 25, 2) bezüglich der actio rerum amotarum zwischen socer und nurus (vgl. Brinz, Pand. § 283, 4), sowie betr. der solidi capacitas Ulpian de off. pret. tut. (fr. Vat. § 218, 219 nach Huschke), Ulpian fr. XVI, 1, Gaius III, 46. Allgemeine Ausnahme bilden die Ehehindernisse, vgl. weiter unten. Hiezu Voigt, a. a. O. III n. 1797, 1826, 1851, 1853, 1875.

dass, wenn das Recht von adfinitas zwischen Verlobten und Ehegatten spricht [1]), die Summe jener Beziehungen damit allein gemeint ist, in welchen von Fall zu Fall das Recht an diese persönlichen Verhältnisse eine Wirkung auf seinem Gebiete knüpft. Von einer adfinitas unter diesen Personen im Sinne eines rein ethischen und socialen Bandes ist im römischen Rechte nirgends, soweit ich sehe, die Rede [2]).

Ein Beweismoment dafür, dass das römische Recht für die juristische Relevanz und Gradberechnung der Affinität keine allgemeine Norm aufgestellt hat, ergibt sich weiters daraus, dass seit den leges Juliae alle Gesetze der späteren Kaiserzeit entweder nur die Grenze, bis zu welcher die Affinen berücksichtigt werden, bestimmen und nur hie und da undeutlich von qui priore gradu sunt sprechen (vgl. S. 41), oder, was die Regel ist, die Affinen namentlich anführen, dabei aber nur des nächsten Schwägerschafts- und Stiefverhältnisses gedenken. Eine singuläre Ausnahme scheint nur die lex Julia et Papia gemacht zu haben, da dieselbe nach Ulpians Referat (de off. pr. tut. frag. Vat. § 216, 217) einfach den sechs Cognatengraden und den Sobrinenkindern (7. Grad) und allgemein den Ehegatten dieser Cognaten, so wie bis zum gleichen Grade den Cognaten der Ehegatten [3]) die solidi capacitas zuspricht. Eine solche ausgedehnte Bestimmung des Affinenkreises findet sich mit Ausnahme der Oratio Severi

---

[1]) Vgl. dazu oben S. 30 u. 50.

[2]) Der bei Gaius, III, 10, Modestin 12 Pand. (l. 4 § 2 D. 38, 10) u. Ulpian l. XXVI ad Sab. (l. 12 § 4 D. 23, 2), § 3 J. 1, 10 ausgesprochene Unterschied zwischen civiler und natürlicher Cognation wird bez. der Affinität nirgends geltend gemacht.

[3]) Frag. Vat. § 214: Sed nec cognati vel adfines possunt nominare potiores; verum tamen ut ipsa Oratione expressum est, hi soli qui lege Julia (Papia)ve excepti sunt § 216. Excipiuntur autem lege quidem Julia cognatorum sex gradus et ex septimo sobrino sobrinave natus; sed et nata per interpretationem item quae personae in horum potestate sunt quaeve in matrimonio vel ii qui sunt cognatarum nostrarum hoc gradu nos contingentium mariti. § 217. Item. Nuptarum nobis cognati a nobis usque ad eum gradum vel nostri cognati ab uxoribus nostris capere possunt; vgl. Hartmann, Z. f. Rg. 5, 241.

nirgends in den späteren leges [1]). Auch die Jurisprudenz spricht verhältnismässig selten von affines im allgemeinen [2]).

21. Von entscheidender Wichtigkeit ist es nun für unsere Untersuchung, dass, wie schon erwähnt, die klassische Jurisprudenz die eigentliche Affinität überhaupt auf die durch nuptiae geschaffenen Beziehungen einzuschränken beginnt, wobei dann der durch Sponsalien begründeten verwandtschaftlichen Verhältnisse nur mehr als uneigentlicher Affinität gedacht wird. Betrachten wir die einzelnen hier in Betracht kommenden Quellenzeugnisse, so fällt sofort auf, dass diese Einschränkung der eigentlichen Affinität auf den Thatbestand der Ehe und die Aufstellung eines Begriffes uneigentlicher Affinität nur dort vorkommt, wo es sich um ehehindernde Wirkung von verwandtschaftlichen Verhältnissen handelt. Wir finden nun diese von der vielbesprochenen Fiction des Servius abweichende Auffassung selbst bei Juristen, welche, wie z. B. Ulpian, jenen Satz in anderen Rechtsfragen im ausgedehntesten Masse vertreten. Die Gründe dieses Widerspruches waren daher nicht in einer allgemeinen Verurtheilung jener Fiction gelegen, sondern müssen in einer besonderen Gestaltung der römisch-rechtlichen Eheverbotslehre gegeben gewesen sein, welche die directe Anwendung jener juristischen Fiction auf ehehindernde Affinitätswirkungen nicht gestattete. Dies war in der That der Fall; die massgebenden Ursachen ergeben sich aus der bisherigen Darstellung zum Theil von selbst, manches bedarf noch näherer Erörterung.

---

[1]) Die alte lex Cincia (a. u. 550) hat nach Paul. 71 ad ed. (in Fr. Vat. 298 fg.) eine ähnliche Bestimmung enthalten. Die Oratio Severi (Fr. Vat. 158) kennt ausser den lege Julia et Papia excepti noch ceteri cognati et affines.

[2]) Ulpian IX. ad ed. (l. 35 D. 3, 3) betr. proc. Stellvertretung ohne Mandat. Vgl. dazu ders. l. 57. ad ed. (l. 3 § 3 D. 46, 7), Paulus l. V sent. in Coll. VI, 3, 3, IX, 3. Ulpian sagt (de off. pr. tut. Fr. Vat. § 210) ausdrücklich betr. der potiorum nominatio: Is qui potiorem nominat, — debet — dicere quo iure potiorem nominet, id est gradum necessitudinis eius vel rationem conjunctionis aperte designare. Et ideo, non sufficit cognatum vel affinem pupilli generaliter dicere, sed debebit gradum dicere vel nomen cognationis affinitatisve designare et ius cognationis exprimere.

Vor allem müssen wir uns den Entwicklungsgang der römischen Eheverbotslehre vergegenwärtigen. Zweifellos ist im römischen Leben der ältesten Zeit bis in die Zeit der Republik die Reinerhaltung verwandtschaftlicher Bande, die Wahrung des Gefühls der Zusammengehörigkeit zu einer Familie, das vor ehelichen Verbindungen innerhalb des Kreises der Sippe zurückscheute, ein heiliges und hoch gehaltenes Gebot der Religion wie der Moral gewesen. Daher die äusserst strenge Strafgewalt der pontifices über derartige Delicte, daher Aussprüche, wie jener in Tacitus Ann. XII, 6: conjugia sobrinarum — diu ignorata, woraus eine Berücksichtigung der verwandtschaftlichen Bande bis zum sechsten Grade sich ergibt. Ebenso erklärt sich daraus die obcitirte Stelle Plutarchs, welche das Kussrecht unter Verwandten durch das zwischen denselben bestehende Eheverbot erklärt [1]), während nach Polybius (bei Athenaeus Deipn. X, 11 p. 440) das ius osculi bis auf den fünften Grad der Cognation und Affinität sich erstreckt. Noch im sechsten Jahrhundert der Stadt galt eine Ehe im siebten Grad der Verwandtschaft adversus veterem morem (Livius XX. in Hermes, 1870 IV, 372), zur Zeit aber, als Tacitus seine Annalen schrieb, war die sittliche Strenge, auf welcher jene Eheverbote iuris gentium allein beruhten, längst dahin [2]). Hatte doch schon Cicero († 711 a. u.) vergebens den rechtlichen Bestand der Ehe mit der socrus bekämpft. Der beste Beweis hiefür sind wohl die Gesetze des Augustus, unter ihnen in erster Linie die vielgenannte Lex Julia de adulteriis. Dieselbe beschäftigte sich zweifellos mit Strafen für Incest und mag die erste gewesen sein, welche bestimmte Normen über Ehehindernisse in das formelle Recht einführte. Die wenigen Andeutungen, die sich darüber finden, berechtigen allerdings nicht zu weitgehenden Schlüssen [3]). Je-

[1]) Vgl. oben S. 46 u. Anm. 2.

[2]) Vgl. Ulpian, V, 6, Livius I, 46, XLII, 34 Dion. Hal. IV, 79. Plut. M. Crasso 1. Gaius ep. I. 4, 7, Cicero p. Cluent. c. 5, 6. de div. I. 46, Val. Max. I, 5, 4; Apuleius apol. II p. 335.

[3]) l. 29 § 1. D 48, 5. Paulus Sent. II. 26, 15. Vgl. hiezu Rudorff, a. a. O. I, 88 fg.

denfalls ist anzunehmen, dass die ersten Gesetze dieser Art noch in Reminiscenz an altrömische Sitte den Eheverboten eine grössere Ausdehnung gaben, als es später der Fall war.

Für unsere Frage haben wir einen entscheidenden Anhaltspunkt in der von Paulus referirten Norm des Augustus [lib. XXXV ad edict. in l. 14 § 4 D. 23, 2: Item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere, Augustus interpretatus est: fuisse enim eam (meam?) socrum]. Diese Begründung der ehehindernden Wirkung der Sponsalaffinität entsprach, wie schon öfters betont wurde, völlig der von Servius kurz vorher (zu Cicero's Zeit) ausgesprochenen Sentenz, sowie der von den älteren Gesetzen, wie von den leges Juliae selbst zweifellos festgehaltenen Gleichstellung der Verlobten mit den Ehegatten in verschiedenen Verhältnissen des Ehe-Prozess- und Vermögensrechts.

In diesem Verbote und seiner Begründung darf zweifellos ein Moment dafür gefunden werden, dass in dieser Periode das Recht dem Verlöbnisse ausser den schon erörterten positiven Affinitätswirkungen der Ehe (z. B. Ausdehnung der iura maritorum auf die sponsi durch die lex Julia de mar. ord. etc.) auch einen negativen, die Ehe mit den Cognaten des anderen Theiles hindernden Effect eingeräumt habe. Diese weitgehende Anwendung der Fiction des Servius ist jedoch nicht allgemein zur Geltung gekommen. Ein directes Zeugnis hiefür, welches sogar vermuthen lässt, dass jener der rechtlichen und ethischen Auffassung der vorausgehenden Zeit vollständig entsprechende Satz später theils bestritten, theils ganz unbeachtet blieb, ist uns in einem Ausspruche erhalten, den Justinians Institutionen (§ 9 I. 1, 10) dem Juristen Julian zuschreiben: Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit: haec non est quidem privigna tua: sed Julianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait: nam nec sponsam filii nurum esse nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et jure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint. Auf den ersten Theil dieses Aus-

spruches bezieht sich auch Ulpian in einer später zu erörternden Stelle (lib. XXVI ad Sabinum in l. 12 § 4 D. 23, 2).

Zunächst lässt sich aus dieser Quelle entnehmen, dass Julian die Fiction des Servius entweder nicht kannte oder sie, sei es überhaupt, sei es in Bezug auf die ehehindernde Wirkung ablehnte. Das erstere ist dadurch ausgeschlossen, dass Augustus dieselbe in diesem Sinne acceptirt hatte (cf. l. 14 § 4 D. 23, 2) und Julians früherer Zeitgenosse Pomponius sich dieser Auffassung im allgemeinen angeschlossen hatte (l. 8 D. 38, 10). Die zweite Möglichkeit verliert dadurch an Wahrscheinlichkeit, dass Julian mehrfach für die Gleichbehandlung von sponsalia und matrimonium eintritt [1]). Allerdings beziehen sich die betreffenden Stellen nicht auf Affinitätswirkungen dieser Verhältnisse. Die dritte Annahme dürfte daher wohl die richtige sein; denn einmal enthalten die Worte: nam nec — esse unleugbar eine Bezugnahme auf die von Servius und Augustus vertretene Rechtsauffassung. Ferner weist Julian darauf hin, dass die Ehe mit der sponsa des Sohnes oder des Vaters nach dem Rechte nicht gestattet sei, obwohl diese Personen nicht nurus noch noverca wären, und begründet damit, dass analog auch die Ehe mit der Descendentin der geschiedenen Frau aus späterer Verbindung unerlaubt sein müsse, obwohl auch hier kein Stiefverhältnis vorliege. Legt diese eigenthümliche Schlussfolgerung nicht nahe, dass Julian hier überhaupt gegen jene Auffassung polemisire, welche den sponsalia auch ehehindernde Affinitätswirkung beilegen wollte, wie dies Augustus gethan, dass er aber doch die von diesem aufgestellten, mit jener Fiction begründeten Eheverbote nicht ignoriren wollte noch konnte? Die Worte rectius et iure lassen sich wohl nur mit: „der Sitte entsprechender und dem Rechte gemäss“ übersetzen. Die Sitte der altrömischen Zeit mag nun in den genannten Verbindungen einen Verstoss gegen die Moral gesehen haben, die Zeit, in der Julian lebte, sicher nicht mehr. Auf welche andere Norm

[1]) Vgl. l. 1 D. 3, 2; l. 11 D. 23, 1; l. 1 D. 39, 5; l. 5 C. 6, 61 (so auch Gaius l. 4 D. 23, 5).

aber konnte sich Julian in dieser Frage wohl beziehen, als auf die augusteischen Ehereformen, die in ihrer Art einzig und vielfach bekämpft, gerade durch die damalige Jurisprudenz in das Ehe- und Erbrecht eingefügt wurden? [1]) Dass diese Reformen ähnliche Verbote enthielten, wurde schon gesagt. Ohne grossen Zwang fast wäre man versucht, hier an eine ironische Bemerkung Julians über die von Augustus gebrauchte Begründung jener Eheverbote und deren Ausdehnung zu glauben. Hat es nicht den Anschein, als wollte Julian die in das alte Recht schwer einfügbaren Normen der julischen Ehegesetze, soweit sie so strenge Eheverbote betrafen, einfach durch diese weitgehende Schlussfolgerung ad absurdum führen? Das ist jedoch kaum anzunehmen. Allerdings steht Julian mit seinem Verbote der Ehe mit der soboles ex secundis nuptiis, wie der spätere technische Ausdruck hiess, allein da, denn nirgends erscheint dasselbe in der späteren Jusrisprudenz erwähnt. Selbst Ulpian, wie die Institutionen und späteren Quellen citiren dasselbe nur als singuläre Ansicht Julians. Möglich ist immerhin, dass derselbe auch mit diesem Verbote eine altrömische Sitte rechtlich festhalten wollte; Hadrian hatte ihm ja die Redaction des überlieferten republikanischen-magistratischen Rechtes übertragen [2]). Sicherer werden wir aber wohl gehen, wenn wir darin einen Versuch erblicken, eine anomale Analogie zum Begriffe des Stiefverhältnisses aufzustellen. Dieselbe lag aber gar nicht so ferne, ob nun Julian im Verlöbnis, dessen ehehindernde Wirkung er in jenem Ausspruche unter den gleichen Gesichtspunkt stellt, auch ein analoges oder gar kein Affinitätsverhältnis sah. Die erste Auffassung ist aus Julians Worten nicht ersichtlich. Der Begriff nachgebildeter Affinität mag ihm vielleicht als gemeinsame ratio beider Verbote vorgeschwebt haben. Wollte aber Julian überhaupt hier keine juristische Affinitätswirkung anerkennen, so lassen sich seine Worte: rectius et jure facturos eos qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint, wie schon erwähnt, nur dahin

---

[1]) Vgl. Rudorff, a. a. O. I, 64, 70, 87. Puchta, a. a. O. I, 298.
[2]) Vgl. Rudorff, a. a. O. I, 171. Puchta, a. a. O. I, 259.

deuten: die ratio dieser Verbote liege in der Rücksicht auf die sonstige rechtliche und ethisch-sociale Beurtheilung der genannten Personenverhältnisse.

22. Eine solche vage Begründung zeigt aber deutlich, dass man die seit den julischen Gesetzen von der Legislative aufgestellten Eheverbote und deren rein ethische Motive in den starren Bau des alten Rechtssystems nicht einzufügen vermochte. Um dasselbe nicht verlassen zu müssen, begann die Jurisprudenz mit Fictionen vorzugehen. Ein solches Aushilfsmittel war schon der Satz des Servius gewesen, der die überlieferte juristische Relevanz der Verlöbnisaffinität auch für jene Zeit erklären sollte, in der die sponsalia zum form- und zwanglosen pactum geworden waren. Bei Gaius treffen wir zum ersten Male, soweit Quellen vorliegen, die Eheverbote wegen Verwandtschaft allgemein mit dem Satze begründet: Nuptiae consistere non possunt inter eas personas, quae in numero parentium liberorumve sunt sive proximi sive ulterioris gradus sint usque ad infinitum [1]). Das bezog sich zunächst auf die Cognation in gerader Linie, für die Ehe mit manus jedoch auch auf die Affinen in gerader Linie, da in der Ehe mit manus die nurus neptis loco galt, die mater aut noverca jura filiae erhält also sororis loco ist [2]). Mit dem Verschwinden der manus und dem Entstehen des prätorischen Erbrechts, nach welchem auch die Affinen loco heredum berufen werden [3]), esscheint die Fiction des parentum liberorumve loco haberi ganz allgemein auch zur Begründung der Eheverbote wegen Affinität benützt. Von den späteren Juristen ist uns jedoch nur von Modestin l. XII Pand. (l. 4 § 7

---

[1]) cf. l. XI ad ed. prov. (l. 53 D. 23, 2), l. 51 D. 50, 16. Inst. Gai. I, 59.

[2]) Gaius Inst. I, 114, 115 b, 136. II, 159. III, 3, 14, 24; cf. Paulus l. VI ad Plautium in l. 39 D. 23, 2.

[3]) Gaius Inst. III, 30—33: vocantur etiam eae personae quae per feminini sexus personas copulatae sunt, — heredes ipso quidem iure non fiunt, — sed cum iis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur.

D. 38, 10) ein diesbezüglicher Ausspruch erhalten [1]). Justinian acceptirte diese Auffassung in § 6 Inst. 1, 10. Hiebei erscheinen jedoch stets nur gener, nurus, socer, socrus, noverca, vitricus, privignus privigna genannt [2]). Diese Affinennamen werden dann in der Regel extensiv interpretirt, indem man darin auch Ascendenten und Descendenten mitinbegriffen sich dachte [3]). Wenn Diocletian (Coll. VI, 4) noch auf ceterae, quae antiquo jure prohibentur hinweist, so mag er an diese Interpretation gedacht haben. Dieselbe ging in manchen Fällen sehr weit. Scaevola z. B. lässt in l. IV reg. (l. 7 D. 38, 10) Stiefverwandtschaft ebenso aus ganz unehelicher Verbindung wie aus Concubinat [4]) entstehen. Papinian l. IV Resp. (l. 15 D. 23, 2) verbietet sogar die Ehe mit dem Ehegatten der Stiefeltern oder Stiefkinder, also mit einem Affinen von Affinen, eine für das römische Recht ganz ungewöhnliche Ausdehnung der Schwägerschaft, die erst im kirchlichen Recht als affinitas secundi generis zur Geltung kam. Paulus l. XXXV ad Ed. (l. 14 pr. § 1, 4 D. 23, 2) endlich dehnt das Ehehindernis auch auf die Ehegatten des Adoptivsohnes oder Vaters, selbst nach der Emancipation des ersteren aus [5]).

Julian steht somit mit seiner obigen Ausdehnung der Eheverbote durchaus nicht vereinzelt da. Vor ihm und nach

---

[1]) L. c.: Hos itaque inter se, quod adfinitatis causa parentium liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est. Bemerkenswerth ist, dass Modestin unter den vorher aufgezählten Affinen auch die nächsten Grade der Seitenlinie anführt. Doch wurde diese erst durch l. 5 C. 5, 5 Ehehindernis.

[2]) Gaius, Inst. I 59, 63. Ulpian (l. reg.) fr. V, 6 (= Collat. VI, 2, 3), Paulus l. sent. II in Collat. VI, 3, 3. Modestin l. XII Pand. (l. 4 § 4 D. 38, 10). § 6 Inst. 1, 10. Diocletian und Max. in C. Herm. V, 1 = l. 17 C. 5, 4 (cf. Coll. VI, 4) ao. 295.

[3]) Proculianer: Labeo (l. 6 D. 38, 10); Aristo bei Pomponius l. IV ex Plautio (l. 40 D. 23, 2), cf. l. 16 D. 24, 3. Sabinianer: Terentius Clemens l. II ad leg. Jul. et Papiam (l. 146 D. 50, 16). Bezüglich der späteren vgl. oben S. 60 Anm. 1.

[4]) Cf. tit. ff. 25, 7; l. 24, 26 D. 23. 2.

[5]) Modestin l. 12 Pand. (l. 4 § 10 D. 38, 10) erkennt keine Affinität auf Grund der Adoption an.

ihm trieb die extensive Interpretation reichlich Blüthe. So darf es denn auch nicht wundern, dass wir noch einmal dem Versuche begegnen, das schon bei Sponsalien eintretende Eheverbot in die Affinitätslehre einzufügen. Die betreffende Stelle steht bei Ulpian l. 26 ad Sab. (l. 12 § 1, 2 D. 23, 2), kurz bevor er die schon erörterte exceptionelle Ansicht Julians über die Ehe mit der Descendenz der geschiedenen Gattin referirt, ist daher mit § 9 Inst. 1, 10 in Zusammenhang zu bringen. Auf den ersten Blick scheinen beide Aussprüche gleich zu sein. Ulpian bedient sich jedoch vor allem entschiedenerer Worte betreff der Möglichkeit der Ehe: nach seiner Ansicht kann sie nicht stattfinden, Julian hatte sie nur für unanständig gehalten. Dass Ulpian den Verbotscharacter mehr betont, entspricht nur der neuen Begründung, die er dafür gibt. Er negirt nämlich nicht direct, wie sein Vorgänger, die Affinitätswirkung des Verlöbnisses, sondern durch Einschiebung des Wörtchens proprie erklärt er dieselbe als vorhanden, wenn sie auch nicht in eigentlichem Sinne zu nehmen sei: Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur. Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur. Darauf referirt er über Julians weiteren Fall, ohne daran Kritik zu üben. Nach allem zu schliessen, hatte er somit dessen Aussprüche vor Augen. Die Bestimmung, dass die Ehe mit Verlobten von Descendenten oder Ascendenten verboten sei, acceptirte er. Sie entsprach seiner sonstigen Ansicht über das Verhältnis zwischen sponsalia und matrimonium. Da nun Ulpian besonders für die Gleichstellung der sponsi mit den Affinen eintritt, lag es ihm wohl nahe, dieselbe auch hier zur Geltung zu bringen. Dass er hiebei den Satz des Servius bezw. des Pomponius im Sinne hatte, geht aus dem Worte dicatur hervor. Julian vermeidet, wie wir sahen, diese Beziehung.

Aber auch Ulpian scheute sich offenbar jene Fiction in so forcirter Bedeutung anzuwenden, wie sie nach der bisherigen Darstellung von der Jurisprudenz, besonders in mit den juli-

schen Gesetzen in Beziehung stehenden Rechtsfragen (z. B. Gaius l. IV ad leg. Jul. et Pap. in l. 5 D. 22, 5) vertreten wurde, nämlich in dem Sinne, dass die Schwägerschaftsnamen rechtlich auch die Cognaten der sponsi, bezw. die Verlobten der Cognaten mitinbegriffen enthalten [1]). So hatte sich Ulpian schon an anderer Stelle (l. V ad leg. Jul. et Pap. in l. 6 § 1 D. 38, 10) bezüglich des Satzes, den Servius aufgestellt hatte, dahin ausgesprochen, dass die sponsi liberorum zwar gener und nurus genannt werden können, dass jedoch bei den Ascendenten der sponsi die Gleichstellung mit den Affinen nur scheinbar sei (appellatione contineri videntur), obwohl es sich hier nur um eine Umkehrung des betreffenden Verhältnisses handelt. An der vorliegenden Stelle geht Ulpian noch weiter, in dem er bei Verlobten der Descendenten wie der Ascendenten nur ein uneigentliches, nachgebildetes Affinitätsverhältnis annimmt, demselben aber gleichwohl ehehindernde Wirkung einräumt. Soweit ich sehe, ist Ulpian der einzige geblieben, der den Fictionscharacter der Sentenz des Servius, die von den anderen Juristen einfach abgeschrieben wurde, erkannt und in der gezeigten Weise zum Ausdruck gebracht hat.

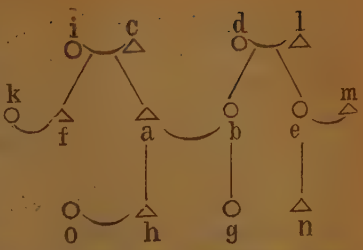
23. Aus den zwei von Julian und Ulpian überkommenen Aussprüchen, von denen der wesentliche Inhalt in die Institutionen Justinians aufgenommen wurde, sowie aus der ergänzenden Entscheidung, die Paulus (l. 14 § 4 D. 23, 2) dem Augustus zuschreibt, ergibt sich somit zweifellos, dass die eheliche Verbindung mit Cognaten der Verlobten, beziehungsweise den sponsi der Cognaten verboten war.

Die wohl nur beispielsweise aufgezählten Fälle dieses Verbotes sind hienach: Ehe mit der Braut des Sohnes (also quasinurus, nach dem nebenstehenden Schema, wenn a und b das Brautpaar darstellen: a + d), Ehe mit der sponsa des Vaters (quasi noverca, g + a), ferner mit dem Vater des Bräutigams (quasi socer, trifft mit dem ersten Falle (a + d) zusammen) und mit der Mutter

---

[1]) Vgl. oben S. 50.

der Braut (quasi socrus, b + c). Die Seitenlinie erscheint erst nach Justinian in Betracht gezogen. Die übrigen möglichen Fälle in gerader Linie: Ehe mit dem Bräutigam der Tochter (quasi gener, b + c) und mit dem Sohne des Bräutigams (quasi privignus, a + g) sind mit Ausnahme eines einzigen, der wohl weniger practisch war, (Ehe mit dem Bräutigam der Mutter, (quasi vitricus), beziehungsweise mit der Tochter der Braut (quasi privigna, beide b + h) in den angeführten Verboten enthalten.



Es wurde schon erwähnt, dass die Annahme nahe liegt, es seien diese Verbote in einem der julischen Ehegesetze enthalten gewesen. Die genannten Juristen setzen das Bestehen dieses Ehehindernisses als unbestreitbar voraus, denn der eine (Julian) benützt dasselbe zur Begründung eines weiter gehenden Verbotes, der andere (Ulpian) versucht dasselbe juristisch zu erklären. Die Art, wie dies geschieht, zeigt deutlich, dass die Auffassung des alten Rechts, wonach sponsi zu den eigentlichen Affinen gerechnet wurden, nicht mehr festgehalten wurde [1]). Dies entsprach weniger der sonstigen rechtlichen Beurtheilung des Verlöbnisses, als vielmehr der laxeren Sitte jener Zeit, mit der die Rechtsanschauung gleichen Schritt hielt. Für eine Analogie jedoch im Sinne der von Ulpian vertretenen Beurtheilung waren noch immer Gründe genug im Rechte gegeben.

Ich erinnere nur an die vielen oben angeführten Stellen, welche das Bestreben offenbaren, den Brautstand als analoges Verhältnis zur Ehe zu behandeln. Für die Frage der ehehindernden Wirkung kommt hier ausser dem bekannten Passus des Edicts, der bei Strafe der Infamie die vorherige Lösung der spon-

[1]) Dass Paulus an anderer Stelle doch die Verlobten unter den Affinen anführt, wurde bereits als nicht damit widersprechend erklärt. Auch handelt es sich dort um ganz andere Rechtsbeziehungen. Vgl. oben S. 34, 57.

salia verlangt, noch der von Modestin (lib. sing. de enucl. cas. in l. 15 D. 23, 1) allgemein ausgesprochene Grundsatz: Scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere, in Betracht, da er gerade auf ein Eheverbot (gegenüber dem tutor und seinem Sohne) sich bezieht. In gewissem Sinne kommt hier ferner auch noch in Betracht der schon besprochene Ausspruch des Paulus lib. sing. ad orat. Antonini et Commodi (l. 60 § 5 D. 23, 2): nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerunque ne quidem desponderi potest: nam quae duci potest, jure despondetur, denn er beweist, wie die anderen Citate, dass gerade um und nach Ulpians Zeit man die sponsalia, wenigstens was ihre constitutiven Momente und Voraussetzungen anbelangt, der Ehe geradezu gleichgestellt hat [1]). Dies ist aber für die Entwicklung der späteren kirchlichen Auffassung von grosser Wichtigkeit gewesen. Trotz alledem bleibt die Annahme einer ehehindernden Wirkung des aufgelösten Verlöbnisses gegenüber den Verwandten des anderen Theils eine auffallende Erscheinung, die wie eine Reminiscenz an die strenge Familienverfassung und die Moral des altrömischen Lebens anmuthet. Die im Rechte dem Verlöbnis zugewiesene Bedeutung rechtfertigte wohl die sonstigen eheähnlichen Wirkungen desselben, nicht aber eine Folge, die regelmässig (in Hinblick auf das prät. Edict in l. 13 § 3 D. 3, 2) erst nach Auflösung der sponsalia in Frage kommen konnte. Wenn es nun bei der rechtlichen Construction aller dieser Verhältnisse schon eine Anomalie war, dass man der durch Ehe geschaffenen Affinität eine nach Fortfall des sie begründenden Thatbestandes fortdauernde Wirkung einräumte [2]), wie singulär musste dies erst beim Verlöbnisse erscheinen, das zwar rechtlich ebenso frei wie die Ehe, jedoch im practischen Leben häufiger und leichter gelöst wurde!

24. Wenn man daher dieses Eheverbot nicht einfach als eine Frucht weitgehender Interpretation seitens der klassischen Ju-

---

[1]) Vgl. oben S. 56. Ausnahmen: Paulus in l. 10 D. 3, 2 und l. 38 D. 23, 2.

[2]) Vgl. dazu oben S. 60.

risten erklären will, so bedarf die Frage noch näherer Erörterung, wie dasselbe in die römisch-rechtliche Lehre von den Ehehindernissen einzureihen, auf welches allgemeine oder besondere Motiv seine Aufstellung zurückzuführen und welche Wirkung ihm zuzusprechen sei.

Diese Fragen können aus den spärlichen Quellen nur theilweise mit einiger Bestimmtheit beantwortet werden. Am wenigsten Anhaltspunkte haben wir für die Frage nach der ratio legis des Verbots. Dennoch lässt sich auch diesbezüglich eine Vermuthung aufstellen, deren Richtigkeit durch die spätere, nachjustinianische Interpretation der einschlägigen Quellen theilweise bestätigt wird. Sichereren Boden finden wir für die Beurtheilung des rechtlichen Characters des aus dem Verlöbnisse entspringenden Eheverbots und seiner Wirkungen.

Seit dem prätorischen Edict pflegte die Jurisprudenz allgemein zwischen incestum iure gentium prohibitum und incestum iuris civilis zu unterscheiden [1]). Im Allgemeinen verstand man unter ersterem jede Verletzung des naturale jus et pudor, qui in contrahendis matrimoniis inspiciendus est. Hiedurch war die Ausdehnung des entsprechenden Ehehindernisses auf ausserehelichе, auf Sclavenehen oder Concubinat beruhende Verwandtschaft gerechtfertigt [2]). Das incestum iuris civilis beruht jedoch auf sola iuris nostri observatio [3]). Welche Fälle dem einen und dem anderen Begriffe zuzuweisen sind, scheint schon in der römischen Jurisprudenz controvers gewesen zu sein. Unbestritten gilt nach den Quellen als inc. iur. gent. die Verbindung inter parentes et liberos und zwar, nach der bekannten Fiction, infinite [4]) unter Ascendenten und Descendenten, wäh-

[1]) Papinian l. 36 quaest. (l. 39 § 1, 2 D. 48, 5) Paulus l. sing. ad SC. Turp. (l. 68 D. 23, 2) und l. VI ad Plaut. (l. 39 D. h. t.); Pomponius l. V ad Sab. (l. 8 D. h. t.); Ulpian l. 57 ad Ed. (l. 42 D. 50, 16.).

[2]) l. 14 § 2 D. 23, 2. Vgl. oben S. 68.

[3]) l. 68 D. 23, 2.

[4]) Gaius l. XI ad ed. prov. l. 53 D. 23, 2, Ulpian l. reg. sing. in Collat. VI. 2, 1 und Fragm. V, 6. Paulus l. sent. (II.) in Coll. VI, 3, 1 und l. sing. ad SC. Turp. (l. 68 D. 23, 2): Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium et descendentium uxorem duxerit.

rend ebenso sicher die Ehe mit Collateralen als inc. iur. civilis bezeichnet wird [1]). Nicht so klar lässt sich die Frage betreff der Affinität entscheiden. Papinian l. 11. quaest. (l. 5 § 1 D. 12, 7) bezeichnet zwar bestimmt die Ehe zwischen noverca und privignus, wie zwischen nurus und socer als inc. iur. gent., von dem nach seiner Sentenz l. 36 quaest. (l. 39 § 2 D. 48, 5) weder Mann noch Frau wegen Rechtsunkenntnis entschuldigt werden kann. Eine andere Auffassung vertritt jedoch später Paulus. In l. 68 D. 23, 2 unterscheidet er nämlich vom inc. iur. gent. den Fall, dass jemand vero ex latere eam duxerit, quam vetatur, vel adfinem, quam impeditur. Die Worte ex latere können nicht auf adfinem bezogen werden, denn Ehen zwischen Affinen in der Seitenlinie erscheinen erst von der IV. Periode an verboten [2]). Es ergibt sich somit aus dieser Stelle, dass Ehen zwischen Affinen überhaupt dem inc. iur. civ. mit Cognaten der Seitenlinie, wenigstens was die strafrechtliche Beurtheilung betrifft, gleich behandelt und dem inc. iur. gent. gegenüber gestellt werden. In einer anderen von Paulus herrührenden Stelle kommt dieselbe Beurtheilung der Affinen zum Ausdrucke. In Coll. VI, 3, 3 sagt er nämlich: qui affinem (nach Huschke, Jurispr. antejust. p. 648) vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri juris errore, ipse poenam adulterii lege Julia patitur, non etiam ducta. Da unmittelbar vorher die Verbindung mit Cognaten in der Seitenlinie als iure civili verboten erklärt wird, ergibt sich nothwendig, dass Paulus die Ehe mit Affinen überhaupt als inc. iur. civilis ansieht. Dafür ist ein weiterer Beweis darin gegeben, dass Paulus consequent der Frau wegen iuris error die Strafe für den Incest nachsieht (vgl. auch Paulus Sent. II, 26, 15), was der Sache gemäss und nach Papinians klarem Ausspruche (l. 39 § 2—4 D. 48, 5) nur auf inc. iur. civilis bezogen werden kann. Von der Strafe wegen nach ius gentium verbotenen Incests kann es keine Befreiung wegen

[1]) Paulus l. c. Coll. VI, 3, 1, arg. ex VI, 3, 3 und l. 68 D. 23, 2.

[2]) Diese Auslegung haben auch die Basiliken (ed. Heimbach) L. XXVIII, 5, 34: In his autem qui ex latere cognati vel propter affinitatem prohibentur etc.

Rechtsunkenntnis geben, wie es ja auch für die Peregrini keine ignorantia iuris (civilis) gibt.

Es bleibt somit nur die Annahme eines Schulstreites über die Frage übrig, ob durch Affinität ein Incest iuris gentium oder iuris civilis begründet werde. Offenbar begann dieser Unterschied damals schon seine Bedeutung zu verlieren, welche ohnehin in erster Linie auf die strafrechtliche Beurtheilung sich bezog. Schon in Papinians citirter Stelle ist für Heirathen bona fide oder unter Unmündigen bei sofortiger Auflösung allgemein Straflosigkeit zugesichert [1]). Da auch Paulus in l. 68 D. 23, 2 eine ähnliche Ansicht vertritt, liegt die Vermuthung nahe, dass er Milderung oder Nachlass der poena incesti überhaupt ganz allgemein für die Frau annimmt, wie dies besonders aus seinen Sent. II, 26, 15 hervorzugehen scheint [2]). Dass das Civilrecht in dieser Frage sehr schwankend war, ergibt sich aus der Gesetzgebung über die Eheverbote am besten [3]). Das spätere Ehe-

---

[1]) l. 39 § 5, 6 D. 48, 5, Dioclet. et Max. Coll. 6, 5. (=l. 32 C. Gr. 5, 1).

[2]) So weit ich sehe, pflegt die herrschende Lehre die Ehe zwischen Affinen als inc. iur. gentium hinzustellen. Nach der gegebenen Darstellung ergibt sich dies sicher nur für Papinian, nicht aber für die spätere Zeit. Weitere Quellenstellen als die bezeichneten fehlen. Mit Recht hat somit Rossbach, a. a. O. S. 450 vermuthet, dass die Grenze zwischen den genannten Incestsbegriffen nicht in allen Zeiten dieselbe gewesen sei. Die neueren Juristen nehmen gewöhnlich an, dass auch die Ehe mit Stiefverwandten und den Schwiegerältern und Kindern zum inc. iur. gent. (inter parentes et liberos) zu rechnen sei, da diese Personen parentum liberorumve locum inter se obtinent (vgl. oben S. 67). Dies ist jedenfalls unrichtig. Denn die genannte Fiction gründet sich nur auf das ius civile und kann daher für das ius gentium, bezw. für den Thatbestand eines auf diesem beruhenden Incestsbegriffs nicht in Betracht kommen. Zur Frage, die wenig behandelt erscheint, vgl. Rein, Kriminalrecht der Römer, Leipzig 1844 S. 113, 215, 870. (Auf S. 870 fg. Anm. 1, 3 auch Angabe der älteren Literatur und der bestehenden Controversen. Hienach theilt Matthaeus, Comm. ad. l. 47 et 48 Dig. de criminibus, Amst. 1644 p. 415 meine Ansicht). Dagegen Rudorff, a. a. O. I. S. 90, II. 327, 385 (Quellen und Literaturcitate), Puchta, a. a. O. II 398 u. a. m.

[3]) Vgl. darüber Rein, Kriminalrecht, S. 871 Anm.

hindernis der Affinität in der Seitenlinie galt jedenfalls nur als inc. iur. civilis [1]).

Was die Giltigkeit der als incestum iur. civ. erscheinenden Ehe betrifft, so hat dieser Unterschied darauf keinen Einfluss. Ich will kein Gewicht darauf legen, dass in der erstcitirten Paulusstelle (l. 68 D. 23, 2) für das Eheverbot in der Seitenlinie der Cognation das Wort vetatur, für jenes in der Schwägerschaft nur der Ausdruck impeditur gebraucht erscheint und ausserdem die Satzfügung auf einen gewissen Gegensatz in der Beurtheilung beider Eheverbote hindeutet. Man könnte darin allerdings einen Anklang an die spätere Unterscheidung zwischen nuptiae incestae und prohibitae oder zwischen impedimenta dirimentia und impedientia erblicken [2]). Die darauf beruhende Folge der Nichtigkeit oder Unerlaubtheit der incestuosen Ehe aber ist dem römischen jedenfalls fremd gewesen. Denn die Trennung der Verbindung und die rechtliche Wirkungslosigkeit der verbotenen ehelichen Verbindung wird in den Quellen ganz allgemein für das crimen incesti, für nuptiae incestae et nefariae ausgesprochen [3]). Nur bezüglich der Möglichkeit einer Dispens von der Strafe scheint nach Papinian (l. 39 § 3, 7 D. 48, 5) für jenes incestum, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, eine mildere Beurtheilung Platz gegriffen zu haben, als für incestae nuptiae überhaupt im Sinne von verbotener Geschlechtsgemeinschaft (sanguinis contumelia).

Nach dem Gesagten muss somit auch das Eheverbot mit den Cognaten der Braut beziehungsweise mit den sponsi der Cognaten als eine iure civili beruhende Prohibitivnorm, als sola iuris nostri observatio erklärt werden oder, um noch besser mit

---

[1]) l. 2, 4 C. Th. d. inc. (3, 12), l. 5, 9 C. Inst. 5, 5. Vgl. Gotofredus Comm. ad Cod. Theod. Tom. 1 p. 338 squ. Paul. ex Festo p. 107 (Müller); Non. p. 461 (Mercur); Isidorus Hispalensis Etymol. V, 26, 25, X, 149 (Migne ed. LXXXII p. 211, 382).

[2]) Vgl. Freissen, a. a. O. S. 221; cf. Bas. L. 28 tit. 5 und 6.

[3]) Gaius Inst. 1, 59, 64 und in I. 53 D. 23, 2; Ulpian fragm. V, 7 = Coll. VI, 2, 4; Paulus in Coll. VI, 3, 3, lib. VI ad Plaut. (l. 39 D. 23, 2); Papinian l. 36 quaest. (l. 39 § 4 D. 48, 5.) cf. l. 42 D. 28, 2.

den Worten Ulpians (l. LVII ad Ed. in l. 42 D. 50, 16) zu sprechen: es muss sein Thatbestand nicht in einem probrum natura turpe, sondern in einer civiliter et quasi more civitatis unzulässigen Handlung gesucht werden. Ein sichereres Resultat lässt sich für unser Ehehindernis aus den spärlichen Quellenstellen nicht herausfinden.

25. Die römisch-rechtliche Lehre der Eheverbote erscheint überhaupt nicht von einem durchgreifenden civilistischen Princip geleitet und mit Recht wurde schon einmal betont, dass in erster Linie die mores, die sittliche Auffassung des Volkes für alle hieher gehörigen Normen massgebend war, welche ausdrücklich als ein ius moribus, non legibus introductum bezeichnet werden [1]). Dies gilt besonders von jenen Eheverboten, die entweder mit dem Wesen der Ehe und deren natürlichen Voraussetzungen gegeben, oder in bestimmten, theils auf allgemeinem natürlichen Gefühle beruhenden, theils durch die Sitten des römischen Privatlebens festgesetzten Schranken begründet erscheinen. In zweiter Linie hat jedoch das Recht selbst bestimmte Grundsätze aufgestellt, sei es, dass es aus dem rechtlichen Character des ehelichen Verhältnisses bestimmte Folgerungen zog und widersprechende Verbindungen nicht voll oder gar nicht anerkannte (Concubinat, Contubernium), sei es dass die ethische Grundlage allgemeiner Verbote in bestimmter Weise fixirt und analog erweitert wurde (respectus parentelae und Ausdehnung desselben auf die Affinität). Seit der lex Julia et Papia finden sich jedoch noch weitere Eheverbote, welche entweder bestimmten Reformbedürfnissen [2]). oder der Rücksicht auf besondere Verpflichtungs- oder Machtverhältnisse [ratio tutelae reddendae (l. 67 D. 23, 2), ratio potentatus (l. 63 D. h. t.)], so-

---

[1]) Pomponius l. 5 ad Sab. (l. 8. D. 23, 2) Paulus l. 6 ad Plaut. (l. 39 D. h. t.); vgl. auch Brouwer de iure connub. ed. 2. Delphis 1714, l. 2 c. 9. nr. 6, Moy, Eherecht der Christen, Regensburg 1833, S. 81 n. 114. Rossbach, a. a. O. S. 421 fg.

[2]) Hieher gehören die Verbote der jul. Gesetze über Senatorenehen, Verbindungen mit Infamen etc., die späteren Verbote der Ehen mit Juden etc. Vgl. Puchta, a. a. O. II, 399 u. a.

wie auf die gesellschaftliche Stellung eines Theils [propter dignitatem (l. 49 D. h. t. und Paulus Sent. II. 19, 9 u. a.)] entspringen, bald als Strafe für gewisse Delicte [Ehebruch (l. 30 § 1, 2 D. 48, 5; Nov. 134. c. 14), später Entführung (l. 1 C. Th. 9, 24, Nov. 143, 150)] erscheinen. Nur wenige, theils ältere Normen verbieten die Ehe aus rein rechtlichen Erwägungen.

Zum grössten Theil ist stets ein ethisches oder sociales Moment als Motiv aller dieser Verbote, obwohl sie rein iuris civilis sind, erkennbar; dies geht insbesondere auch aus der Art und Weise hervor, wie die einzelnen Quellenstellen die Verbote aussprechen und begründen. Neben Ausdrücken, welche die entschiedene rechtliche Unzulässigkeit und Nichtigkeit der Ehe betonen [1]), finden sich ebensoviel andere, welche nur die sittliche Unerlaubtheit und Unanständigkeit irgend einer Verbindung hervorheben. Die nuptiae sollen nicht nur iustae, iure contractae [2]), sondern auch honestae, honeste contractae [3]) sein. Im ersten Falle wird sich in der Regel auf die vorhandene gesetzliche Prohibitivnorm [4]) berufen, im letzteren das Verbot oft nur als Meinung des betreffenden Juristen hingestellt [5]). Hiebei tritt gewöhnlich der Verbotscharacter in den Hintergrund, die betreffende Ehe erscheint nur missbilligt, ohne dass deren Rechtswidrigkeit und die Nothwendigkeit ihrer Trennung auch nur angedeutet wird. In der Regel fehlt auch eine entsprechende gesetzliche Norm. Dann handelt es sich entweder um juristische Analogieen und extensive Interpretation eines bestehenden Verbots oder um den Ausdruck einer sittlichen Anschauung, welche eine bestimmte Verbindung nicht als ehrbar anerkennt. Nur eine solche Missbil-

---

[1]) Gaius l. 2 ad leg. Jul. et Pap. (l. 30 D. 23, 2): nuptiae nullius momenti sunt, Paulus 35 ad ed. (l. 2 D. h. t.): n. consistere non possunt, Papinian l. 6 resp. (l. 35 D. h. t.): non contrahit u. a. m. besonders impeditur, prohibetur, vetatur etc.

[2]) l. 18, 34, 36, 65 D. h. t. u. a.

[3]) l. 13, 44 D. h. t. u. a.

[4]) l. 23, 44, 59, 63 D. h. t., l. 7 D. 48, 5. Paulus Collat. VI, 3, 3.

[5]) l. 11, 12, 33, 34, 40, 46, 48, 67 D. h. t.

ligung kann in Redewendungen beabsichtigt sein wie z. B.: puto, recte matrimonium vel nuptias contrahi (l. 11 D. 23, 2), Julianus putat nuptiis eius abstinendum (l. 12 D. h. t.), in re dubia certius et modestius est, huiusmodi nuptiis abstinere (Paulus l. 14 § 3 D. h. t.), non oportet matrimonio conjungi (Papinian l. 15 D. h. t., ebenso l. 67 § 2 D. h. t.), rationis est non fieri nuptias (l. 34 D. h. t.), non conveniens est (l. 43 ib.), non recte ducit (l. 60 ib.), satis incivile est (l. 66 ib.), non bene contrahitur (l. 68 ib.). Es handelt sich hier nicht um unerlässliche Postulate der Moral, deren Missachtung einfach nefas (l. 55 D. 23, 2, l. 4 § 7 D. 38, 10, nuptiae nefariae: Gaius Inst. I, 59, 64, Diocl. et Max. in Coll. VI, 4) oder contra pudorem (Paulus in l. 14 § 2 D. 23, 2, Diocl. Coll. l. c.) ist, sondern um den Inbegriff aller jener mehr oder weniger bindenden sittlichen Pflichten und socialen Rücksichten, welche die römische Jurisprudenz in dem Erfordernisse der honestas matrimonii (vgl. S. 78 Anm. 3) zum Ausdruck zu bringen suchte.

Darin sind einmal alle jene aus den verschiedenartigsten individuellen Verhältnissen sich ergebenden Momente zusammengefasst, welche die Verbindung zwischen zwei bestimmten Individuen zwar nicht als absolut unsittlich und rechtswidrig, aber doch als Verletzung und Missachtung bestimmter Forderungen des Anstands, der gesellschaftlichen Sitte, der Rücksicht auf gelöste oder noch bestehende rechtliche oder familiäre Bande und mit alle dem zwar nicht einer bestimmten Norm, aber doch dem Geiste des Rechts widersprechend erscheinen lassen. Meist handelt es sich um Momente, welche zu vereinzelt oder zu individuell sind, um Grundlage bestimmter Prohibitivsätze zu werden. Das röm. Recht pflegte in ähnlichen Fällen mit einer allgemeinen Norm, oft auch, wie in unserem Falle, nur mit einem wiederholt betonten vagen Begriffe sich zu helfen, die Subsumirung der concreten Fälle unter denselben jedoch dem praktischen Rechtsleben und dem darauf einwirkenden sittlichen Gefühle des Volkes zu überlassen. Dieses Ineinandergreifen rechtlicher und ethischer Momente bei der Beurtheilung der

Zulässigkeit einer ehelichen Verbindung konnte nicht besser zum Ausdrucke gebracht werden als dies Modestin libro sing. de ritu nuptiarum (l. 42 D. 23, 2 = c. 193 D. de reg. iur. 50, 17), zunächst mit Beziehung auf das ethische Motiv der Eheverbote der lex Julia et Papia, mit den bekannten Worten that: Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit. Damit war das Erfordernis, dass nuptiae stets iustae et honestae (iure et honeste contractae) seien, zu grundsätzlichem Ausdruck gebracht.

Welche Bedeutung diesem Erfordernisse einer vollgiltigen Ehe beigemessen wurde, ersehen wir aus dem Nachsatze — nuptiae non erunt. Wenn auch in dem von Modestin angezogenen Falle das Recht selbst die Ungiltigkeit solcher nuptiae inhonestae formell ausgesprochen hatte, so geht doch aus der ganzen Stelle hervor, dass Modestin auf Grund des erwähnten allgemeinen Princips diese Folge auch auf andere dem Begriffe der honestas widersprechende Ehen ausgedehnt wissen und mit dem Verbote der Libertinen- oder Schauspielerehe nur ein Beispiel gebeu wollte. Ein Moment gegen diese Vermuthung liegt jedoch darin, dass die genannten Juristen jenes Verbot in l. 12 § 2 und l. 14 § 4 D. 23, 2 ohne eine solche Begründung direct aussprechen. Ferner, wenn auch Paulus, vielleicht auch Ulpian die von Augustus gegebene Norm (Augustus interpretatus est) vor Augen gehabt haben, so bedienten sie sich doch zur Motivirung des Verbotes der juristischen Fiction des Servius und konnten aus dieser, wie überhaupt für die Affinität aus der Fiction des parentum liberorumve loco haberi die entsprechenden Ehehindernisse umso folgerichtiger ableiten, als nach der (oben S. 73 fg.) gegebenen Darstellung Paulus und wohl auch Ulpian, dessen Affinitätslehre (fr. V, 7 = Coll. VI, 3, 4) mit seiner (Coll. VI, 3, 3) übereinstimmt, hier auf ius civile gegründete Begriffe und Verbote annahmen. Sie bedurften somit zur Begründung der Quasiaffinität und des darauf beruhenden Eheverbots gar nicht des Hinweises auf die mangelnde honestas und Unanständigkeit einer solchen Verbindung. Bei Julian jedoch traf dies nicht zu. Dieser Jurist, vielleicht auch

der grössere Theil der zeitgenössischen Jurisprudenz [1]), ja wie wir gehört haben, selbst noch Papinian, betrachtete eine Ehe mit Affinen als inc. jur. gentium. Dementsprechend findet sich kein Quellenzeugnis, dass diese Juristen die genannte allgemeine Fiction für die Affinität und jene des Servius für das Sponsalverhältnis acceptirt hätten.

26. Naturgemäss stand unter allen die honestas matrimonii berührenden Momenten in erster Linie die Rücksicht auf die öffentliche Moral, auf den guten Ruf der einzelnen Verbindung, wie auf die möglichste sittliche Schätzung und Reinerhaltung des Eheinstituts im allgemeinen, also das Interesse des Rechts und des Gesammtwohls. Namentlich der Jurist Paulus hat diesen Gedanken wiederholt zum Ausdrucke gebracht. Wenn auch die betreffenden Stellen nicht gerade die Eheschliessung im Auge haben, so ist es doch bei der fast axiomartigen Redewendung, die Paulus gebraucht, ganz unzweifelhaft, dass er nicht gezögert hätte, dasselbe Princip auch für die Frage der Zulässigkeit einer Ehe anzuwenden. Dies geht schon daraus hervor, dass er in Sent. II. 19, 2 die Lösung der Ehe eines noch in potestate patris befindlichen Kindes ohne den Willen des Vaters unter diesen Gesichtspunkt stellt, kurz vorher aber das Verbot der Eheschliessung ohne die väterliche Einwilligung erwähnt: Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; sed et contracta non solvuntur: contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur [2]).

Noch interessanter erscheint es für unsere Frage, dass derselbe Jurist an einer anderen Stelle für denselben Gedanken einen Ausdruck verwendet, der hier zum ersten Male gebraucht

[1]) Mit Ausnahme des Pomponius, der in l. 16 D. 24, 3 u. l. 40 D. 23, 2 der späteren Affinitätslehre sich nähert.

[2]) Diese Stelle bezieht sich offenbar auf die Constitution Mark Aurel's (cf. l. 12 C. 5, 17), welche die Scheidung gegen den Willen des Vaters, solange er die patria potestas besitzt, ebenso verbietet, wie jene gegen Willen des Kindes. Dass der zweite Satz nicht in dem Sinne verstanden werden kann, dass einmal geschlossene Ehen nicht gelöst werden sollen, ergibt sich aus Paulus l. 35 ad ed. (l. 2 u. 10 D. 23, 2).

erscheint und wegen seiner späteren technischen Bedeutung besonders hervorgehoben werden muss. In Sent. V. 4, 15 u. 21 (de iniuriis) sagt nämlich Paulus, dass ein Vergehen gegen die gute Sitte (conuicium contra bonos mores), also eine Verletzung des öffentlichen Anstandes: contemplatione morum et causa publicae honestatis vindictam extraordinariae ultionis exspectat. Sollte nicht mit demselben oder einem ähnlichen Ausdrucke irgendwo in den Quellen, vielleicht gerade von Paulus oder von Ulpian das Unziemliche einer Ehe mit den Cognaten der früheren Verlobten zum Ausdruck gebracht worden sein?

27. Julian kannte offenbar noch nicht den Begriff des inc. iuris civilis für Ehen mit Collateralen und Affinen. Wahrscheinlich war ihm — zwar nicht die rechtliche Beurtheilung letzterer Verwandten als parentum liberorumve loco habiti — wohl aber die Ableitung eines generellen Eheverbots aus diesem Princip noch fremd [1]). Ihm war in dieser Richtung nur die Sitte massgebend, denn er stand, wie in Vielem, so auch hier noch auf dem Boden des republicanischen Rechts, dessen Redaction ihm bekanntlich von Hadrian anvertraut worden war. So begreift es sich, dass er es vermeidet, das Eheverbot auf Grund der Sponsalaffinität mit dem Satze des Servius zu begründen, sondern mit einem Hinweise auf die Unanständigkeit der betreffenden Verbindungen sich begnügt. Die in den Institutionen ihm diesbezüglich zugeschriebene Redewendung (§ 9 J. 1, 10) zeigt jedoch deutlich, dass der Appell an ein gewisses feineres Anstandsgefühl (rectius — facturos eos qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint) ihm nur ein Aushilfsmittel war, um sich mit der bestehenden Norm (de iure) abzufinden. Die alte Sitte aber, welche anderthalb Jahrhunderte früher noch das Verbot des Augustus gezeitigt hatte, mag mit der sinkenden rechtlichen und gesellschaftlichen Bedeutung des Verlobungsactes zu Julians Zeit schon verschwun-

---

[1]) Vgl. Voigt. a. a. O. III, S. 1207 n. 1878, 1939. Die genannte Begründung dürfte wohl auf die letzten Sabinianer (Pomponius, Gaius, Terentius Clemens) zurückzuführen sein, vgl. l. 40 D. 23, 2, l. 8 D. 38, 10, l. 16 D. 24, 3; l. 53 D. 23, 2, l. 2 D. 38, 8; § 6 J. 1, 10, Gaius Inst. III, 3, 14. Hiezu das oben S. 28, 67, 74, 80 gesagte.

den gewesen sein. So erschien auch das Verbot des Augustus der späteren Jurisprudenz veraltet, es liess sich jedoch aus dem Rechte nicht ausmerzen. Daher wird es nirgends bestritten, sondern entweder, wie von Paulus, einfach unter Hinweis auf seinen Ursprung referirt, oder wie von Ulpian, juristisch zu rechtfertigen gesucht. In den erhaltenen Quellen erscheint dieser Jurist als der einzige, der sich mit dem Verbote in dieser Weise beschäftigt; höchst wahrscheinlich ist auch nur er der Frage näher getreten, da der von Augustus eingenommene Standpunkt mit seiner Lehre von der rechtlichen Gleichbehandlung der sponsi und conjuges in Einklang stand. Offenbar hat aber auch Ulpian nicht verkannt, dass die Annahme wirklicher Affinität bei Sponsalien auf Grund der Fiction des Servius und eine derselben entsprechende allgemeine ehehindernde Wirkung doch einen über die Dauer des Sponsalverhältnisses hinausgehenden Effect involvirt hätte, der mit der freien Lösbarkeit und der damaligen socialen Beurtheilung des Brautstandes in seltsamem Contrast gestanden wäre. Da nun Ulpian einerseits den rechtlichen Bestand des Verbotes nicht negiren konnte, andererseits aber auch nicht den Satz des Servius für diese Frage ganz fallen lassen wollte, da er denselben ja gerade bei der Interpretation der lex Julia et Papia in grösster Ausdehnung vertreten hatte (l. 6 D. 38, 10, vgl. oben S. 50, 57), so half er sich mit der Erklärung, dass jene Sentenz hier nur „non proprie“ gelte. Der daraus resultirende Begriff einer uneigentlichen, nachgebildeten Affinität lag ihm umso näher, als er ja die eigentliche Affinität auch nur als ein auf einer Rechtsfiction beruhendes impedimentum iuris civilis, nicht auf iure gentium beruhend, auffasste. Ganz analog hat Ulpians Zeitgenosse Paulus ein Ehehindernis angenommen zwischen dem Adoptirten und den Ehegatten seiner nächsten Adoptivverwandten in gerader Linie und dasselbe nach Lösung des Adoptionsverhältnisses fortwirken lassen [1]); Gaius und Ulpian [2]) hatten diese Ausdehnung des Ehe-

[1]) Paulus l. 35 ad Ed. in pr. l. 14 § 1, 4 D. 23, 2.

[2]) Gaius l. 11 ad ed. prov. in l. 17 D. 23, 2. Ulpian l. 26 ad Sab. in l. 12 pr. u. § 4, D. h. t.

verbots noch nicht acceptirt. Dass Paulus hier nur uneigentliche Affinität annahm, ergibt sich auch daraus, dass er an anderer Stelle (l. 23 D. 1, 7) gleich Modestin (l. 4 § 10 D. 38, 10) die Entstehung von eigentlichen Affinitätsverhältnissen infolge Adoption negirt, das Eheverbot jedoch damit begründet, dass die Frau des Adoptivvaters novercae locum habet, die Frau des Adoptivsohns nurus loco est [1]).

Einen ähnlichen Begriff nachgebildeter Affinität hat Paulus in l. 14 D. 23, 2 auch für die durch Manumission begründeten Beziehungen juristischer Verwandschaft aufgestellt. Endlich werden wir nicht fehl gehen, wenn wir im Sinne der herrschenden Lehre jene weiteren schon erwähnten [2]), rein auf extensiver Interpretation beruhenden Eheverbote unter den gleichen Gesichtspunkt subsumiren: nämlich jenes der Ehe mit den Descendenten des geschiedenen Gatten aus nachfolgender Ehe (Julian bei Ulpian 26 ad Sab. (l. 12 § 3 D. 23, 2 und in § 9 J. 1, 10), und mit den Ehegatten der Stiefeltern und -Kinder (Papinian 4 Resp. l. 15 D. 23, 2). Für das Verbot der Ehe mit den Stiefgrosseltern und weiteren Ascendenten (Paul. 35 ad Ed. in l. 14 § 9 D. 23, 2: avia et proavia, und Modestin 12 Pand. in l. 4 § 6, 7 D. 38, 10), sowie mit den Descendenten der Stiefkinder (Aristo bei Pomponius 4 ex Plautio l. 40 D. h. t., Paulus l. c.) war jedoch der Begriff und die rechtliche Construction der eigentlichen Affinität massgebend (vgl. S. 60). Wenn wir schliesslich alle diese Fälle von Eheverboten ins Auge fassen und das Moment herausgreifen, dass nur bei der Sponsalaffinität einem ausserehelichen persönlichen Verhältnisse ehehindernde Wirkung eingeräumt ist, während in den anderen Fällen die ehehindernde verwandtschaftliche Beziehung stets auf eine bestandene Ehe zurückführt, so werden wir vom Stand-

---

[1]) Ueber die technische Bedeutung dieses Ausdruckes loco alicuius esse vgl. oben S. 28 A. 1. Er wird hauptsächlich bei Fictionen gebraucht, wie bei jener für die Affinität (in der Ehe mit und ohne manus), für die Adoption und bei Erbschaftsklagen ex edicto bon. poss. cf. Gaius Inst. III, 32, IV, 34, 111. Ulpian fr. XXVIII, 12 u. a.

[2]) Vgl. oben S. 65, 68.

punkte des römischen Rechts eine Analogie zur Sponsalaffinität auch in der Anerkennung der durch Concubinat und Contubernium geschaffenen Affinität finden, wie sie von Sev. Alexander in l. 4 C. Iust. 5, 4 und bei Pomponius l. 5 ad Sab. (l. 8 D. 23, 2), Scaevola l. 4 reg. (l. 7 D. 38, 10), Ulpian l. 3 Disp. (l. 56 D. h. t.), Paulus l. 35 ad Ed. (l. 14 § 2 u. 3 D. h. t.), cf. § 10 J. 1, 10 ausgesprochen wurde [1]). Trotz ihrer juristischen Construction lassen diese Verbote nicht minder das Vorwiegen des ethischen Motivs erkennen, wie jene Prohibitivsätze der Jurisprudenz, welche die Begründung mit einem uneigentlichen Affinitätsbegriff vermeiden. Ganz besonders kommt dies in Diocletians und Maximians Edict (Coll. VI, 4, ao. 295) zum Ausdruck, das neben der gewöhnlichen Affinität noch die Eheverbote, „quae antiquo iure prohibentur“ zusammenfasst. Der Einfluss christlicher Anschauungen ist in dieser Constitution, wie in der Folgezeit (cf. l. 3, 4, 23 C. 5, 4) unverkennbar.

28. Um das Bild zu vervollständigen, welches die Lehre von der Sponsalaffinität und den darauf beruhenden Eheverboten im vorjustinianischen Rechte bietet, muss noch Folgendes erwähnt werden. Schon vor Justinian unter dem Einflusse christlicher Anschauung wird das Eheverbot wegen Affinität auch auf die Seitenverwandten der Affinen bezw. auf die gewesenen Ehegatten der Collateralen zunächst nur im ersten Grade ausgedehnt [2]). Bis lange nach Justinian findet sich jedoch kein

---

[1]) Besonders massgebend die citirte Paulusstelle, wo die entsprechenden Affinen mit quasi noverca, quasi nurus bezeichnet werden. Seine Begründung lässt vermuthen, dass er als erster diese Ansicht vorträgt: Cum enim cognatio servilis intelligitur, quare non et adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius (rectius?) et modestius est huiusmodi nuptiis abstinere, cf. l. 26 C. 5, 4. Zur Frage: Voigt, a. a. O. III, S. 1192, 1206, 1328, n. 1838.

[2]) Constantius et Constans: l. 2 C. Th. 3, 12 (ao. 355), Honorius et Arcadius ib. 3 (ao. 396), Valent. Theod. et Arcad. in l. 5 C. Just. 5, 5 (ao. 384); Honorius et Theod. ib. 4 ao. 415; Zeno in l. 8, 9 C. J. 5, 5 (ao. 475—484); vgl. S. 31 Anm. 2, S. 61. Dazu Apul. Apol. 117. Rossbach, a. a. O. S. 438, Voigt, a. a. O. III n. 1932, Zhishman, a. a. O. S. 314.

Anhaltspunkt, dass auch die Sponsalaffinität eine Ausdehnung in diesem Sinne erfahren hätte [1]). Die hier einschlägige Constitution Zeno's (l. 8 C. J. 5, 5, ao. 475), welche gegen die jüdische Leviratsehe (Lev. XVIII, 18) gerichtet gewesen zu sein scheint [2]), bringt den Gedanken zum Ausdrucke, dass die Affinität aus dem Eheschlusse als solchen (nuptiae contractae), nicht aus der Consummation (corpore convenire) entstehe. Affinität hat nur die Rechtmässigkeit der Ehe zur Voraussetzung. Dies legt die Frage nahe, ob nicht etwa bei nicht gültiger Ehe nach röm. Rechte Sponsalaffinität angenommen werden könne. Hiefür wäre nach den Quellen ein Fall in der Ehe einer Unmündigen gegeben, denn diese ist bis zur aetas legitima keine Ehe, sondern es dauert das Sponsalverhältnis fort, welches somit als solches auch die ihm eigenen Affinitätswirknngen äussert (vgl. S. 52 u. Anm. 3.) Es wird jedoch nirgends dieser Consequenz speciell Erwähnung gethan.

Endlich soll noch auf die Entscheidung der l. 5 C. 6, 61 (Leo und Anthemius, ao. 473) hingewiesen werden, welche für die damalige Beurtheilung der Sponsalien eine gewisse principielle Bedeutung hat. Es ist aus ihr zu entnehmen, dass noch kurz vor Justinian die Ansicht in Gesetzgebung und Praxis feststand, dass in rechtlicher Beziehung die Stellung des Verlobten jener des Ehegatten naturgemäss gleich zu halten sei. Es soll noch später auf diese Constitution zurückgegriffen werden; jedenfalls war die darin niedergelegte Anschauung auch massgebend für den Standpunkt, den Justinians Codification durch die Aufnahme einer grossen Zahl von darauf bezüglichen Bestimmungen des ius vetus bethätigt hat. Zugleich sei schon hier darauf hingewiesen, dass auch in den älteren kirchlichen Quellen dieselbe Auffassung wiederholt zum Ausdrucke kommt.

---

[1]) Wie noch besprochen werden wird, enthalten fast sämmtliche byzant. Gesetzbücher eine Aenderung des Textes von § 9 Inst. 1, 10 (c 1 i. f. Bas. 28, 5) in diesem Sinne. Wie Zachariae, griech.-röm. R. 3. A. S. 66 A. 115 und Heimbach ed. III. 199 n. f. richtig bemerken, ist dies auf eine incorrecte Interpolation zurückzuführen; vgl. dagegen Zhishman, a. a. O. S. 315, 359.

[2]) Vgl. Freisen, a. a. O. S. 99, 440. Glück, a. a. O. 23. B. S. 212.

29. Nachträge und Rückblick. Die Untersuchung ist nun bei jener Zeit angelangt, in welcher die römische Rechtsentwicklung durch die umfassende Codification Justinians eine feste Grundlage erhielt und damit in der Hauptsache zum Abschluss gelangte. Da nun in den Digesten der grössere Theil jener Quellenzeugnisse des ius vetus aufgenommen wurde, welche den bisher geschilderten Entwicklungsgang unserer Lehre erkennen lassen, so ergab sich von selbst die Folge, dass die interpretirende und rechtbildende Thätigkeit der späteren Zeit zwar an die aus der classischen Jurisprudenz allgemein resultirende Thatsache des rechtlichen Bestandes der Eheverbote wegen Sponsalaffinität anknüpfte, aber auch an die von den recipirten Juristen vertretenen widersprechenden Begründungen jener festhielt, daher nur in ersterer Hinsicht, nicht aber bezüglich des inneren Ausbaues der Lehre zu einem abschliessenden Resultate gelangte. Bevor wir zur nachjustinianischen Entwicklung übergehen, sei daher ein kurzer Rückblick auf das bisher gewonnene Entwicklungsbild gestattet.

Den Ausgangspunkt der Entwicklung bildet die Thatsache, dass in älterer römischer Zeit der Verlobungsact, sowohl auf dem Gebiete der Sitte, wie im Rechte, grössere Bedeutung besass, als zur Zeit der klassischen Jurisprudenz. Bis gegen Ende der Republik, mit allmähliger Abschwächung gegen den Ausgang derselben, kamen die socialen Wirkungen der Sponsalien sowohl für die Beziehungen zwischen den Nupturienten als auch für das Verhältnis des einen Theils zum Familienkreise des anderen vielfach jenen der vollzogenen Eheschliessung gleich. Der Grundgedanke dieser Gleichstellung war jedenfalls die Beurtheilung des Brautstandes als futurum matrimonium, von dem ihn kein Formalakt, sondern nur eine auf der Sitte beruhende Feier, im wesentlichen nur die äussere Thatsache der Heimführung, der Vollzug des in den Sponsalien gegebenen Versprechens trennte. Diese Beurtheilung kam zunächst dadurch zum Ausdruck, dass man an den Thatbestand der Verlobung die Affinitätswirkungen der Ehe knüpfte. Hiebei erscheint der Begriff der Affinität in dem weiteren Sinne eines nicht auf ratio san-

guinis, sondern auf einer bestimmten necessitudo (vgl. S. 50, 59) beruhenden Naheverhältnisses genommen, als welches man ebenso die Beziehung zwischen Ehe- und Brautleuten selbst, wie jene zwischen dem einen Theile und den Cognaten des andern ansehen kann. Der strenge Familiensinn der älteren römischen Zeit mag infolge dieser Beurtheilung die ehehindernde Wirkung der letztgedachten Beziehungen wohl auch dann festgehalten haben, wenn nur ein Verlöbnis bestanden hatte. Die Verbindung erschien contra bonos mores; welche Folgen solche Verbote hatten, lässt sich nur vermuthen, jedenfalls verschwanden sie mit dem Verfall der Sitte; dass aber die Erinnerung an dieselben noch Ende der Republik nicht völlig verschwunden war, beweist ihre Berücksichtigung in den julischen Gesetzen.

Im ältesten Rechte kam diese ethisch-sociale Bedeutung der Verlobung in der verpflichtenden Kraft des formellen Sponsalactes und in der hiefür gegebenen Klage zum Ausdruck. Mit dem weiteren Ausbau des Rechtes verschwand die Contractsklage auf das Interesse, die nationale Sitte und Anschauung behielt jedoch die feierliche Geschäftsform bei, deren rein moralische Verpflichtungskraft in dem Sittenrichteramt der Censoren und der Strafgewalt des Hausgerichts eine Zeit lang genügenden Rückhalt besass. Zum Ersatze für den mangelnden rechtlichen Schutz kamen später im Rechtsverkehre verschiedene Bestärkungsmittel des Sponsalvertrages in Uebung, während das prätorische Edikt Infamia notatur die ethische Werthschätzung der eingegangenen Verpflichtung von einem anderen Gesichtspunkte aus (S. 49) zu heben sucht. Da nämlich der in dieser Periode erfolgende Ausbau des Rechtes zur juristischen Anerkennung der auf bürgerlicher Sitte beruhenden Familienordnung, zur juristischen Berücksichtigung der Cognation und Affinität neben der ursprünglichen durch das strengrechtliche androkratische System bedingten Alleinbeachtung der Agnation führte, gelangte auch das Brautverhältnis infolge seiner geschilderten ethischen Bedeutung für die Familie in allen jenen Rechtsbeziehungen zu juristischer Wirksamkeit, in denen eine solche der Affinität im Allgemeinen zugetheilt wurde. Die ältesten bekannten Normen,

in welchen dies geschieht, reichen bis in das sechste Jahrhundert der Stadt zurück, also in eine Zeit, da das Verlöbnis schon ein klagloses Lebensgeschäft geworden war. Sie statuiren alle eine exceptionelle Rechtsstellung der sponsi, zunächst nur soweit als das zwischen denselben bestehende unmittelbare persönliche Verhältnis unter den Begriff der Affinität einbezogen wird. Diese Ausnahmsstellung äussert sich hauptsächlich in rechtlichen Begünstigungen, welche durch verwandtschaftliche Beziehungen, durch das Interesse der Familie auf dem Gebiete des Vermögens-, Process-Vormundschaftsrechts etc. begründet sind. Mitte des siebten Jahrhunderts der Stadt, da bereits das Interesse der Gesammtheit gegenüber jenem kleinerer Verbände im Staate in verschiedenen Beziehungen zum Durchbruche gelangt, beginnt das Recht zum Schutze des ersteren auch eine Anzahl von rechtlichen Beschränkungen der Cognaten und Affinen und damit der sponsi in verschiedenen Verhältnissen aufzustellen. Die mit Q. Mucius erwachte systematische Bearbeitung des Rechts führte schon unter dem berühmten Servius Sulpicius Rufus († 711 a. u.) dazu, eine rechtliche Sentenz einzubürgern, welche gegenüber der sonst vom Rechte festgehaltenen Unverbindlichkeit des Sponsalactes die in den verschiedenen leges zugestandenen juristischen Folgewirkungen der durch sponsalia hervorgebrachten Personenbeziehung und die Gleichstellung dieser mit der durch die Ehe geschaffenen Affinität erklären bezw. vom Standpunkte der damaligen Jurisprudenz begründen sollte. Zunächst besagte dieser Satz ganz allgemein, dass auch Sponsalien als Quelle von Affinitätsbeziehungen zu gelten hätten. Dies erscheint auf den ersten Blick nur als eine natürliche Consequenz aus der älteren Anschauung, welche die sponsi als Affinen betrachtete und, wie gezeigt, noch lange in der Anwendung der Bezeichnung adfinitas für das Sponsalverhältnis im Rechte sich erhielt. Wenn man aber näher zusieht, liegt dem Satze des Servius eine viel tiefere Bedeutung inne. Während nämlich Recht und Sitte der älteren Zeit die Gleichstellung von sponsi und conjuges nur auf das persönliche Verhältnis zwischen den verbundenen Individuen selbst bezogen hatte und hiebei den Ausdruck adfinitas

wohl nur im allgemeinen Sinne eines von der Cognation verschiedenen verwandschaftlichen Naheverhältnisses verstanden haben dürfte [1]), gieng Servius noch viel weiter, indem er aus den Sponsalien auch jene besonderen Beziehungen entstehen liess, welche sonst nur durch die Ehe zwischen dem einen Theile und der Familie des anderen begründet werden, mit anderen Worten: er stellte das Verhältnis des einen Verlobten zu den nächsten Ascendenten des anderen und umgekehrt die Beziehung eines Individuums zu den Verlobten seiner Descendenten unter den Begriff der eigentlichen Affinität. Formell war damit eine blosse Interpretationsregel gegeben: wo das Gesetz von gener, nurus, socer, socrus spreche, seien auch die analogen, nur auf Sponsalien beruhenden Verhältnisse einzubeziehen. Es handelt sich somit nicht um die Anwendung des allgemeinen Affinitätsbegriffes und der daraus entspringenden rechtlichen Beurtheilung auf das als sponsalia oder matrimonium geltende Verhältnis, sondern um eine erhöhte Gleichstellung beider im Gebiete des Personenrechts. Als ob schon wirkliche Ehe vorläge, werden dem Verlöbnisse jene Wirkungen des matrimonium zugeschrieben, welche in der Begründung verwandtschaftlicher Bande mit der Cognation des anderen Theils sich äussern [2]). Materiell war demnach eine weitgehende Fiction [3]) ausgesprochen, welche bei folgerichtiger Anwen-

---

[1]) Die rechtliche Construction des Affinitätsbegriffes, wie sie die klassische Jurisprudenz aufstellt, erscheint erst bei Gaius vollständig entwickelt. Aber auch noch später findet sich der Ausdruck affinitas in jenem allgemeinen Sinne gebraucht, besonders in den ersten kirchlichen Quellen, im röm. Rechte wohl nur mehr ausnahmsweise; vgl. Venuleius l. 2 iud. publ. (l. 39 D. 47, 10) und die S. 58 Anm. 1 citirte Gelliusstelle. Dazu Freisen, a. a. O. S. 439.

[2]) Man vgl. die bekannte Legaldefinition Modestins, von der noch w. u. die Rede sein wird (l. 4 § 3 D. 38, 10): Adfines sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque conjungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis. Die finis cognationis bildet auf der einen Seite der Ehegatte.

[3]) Trefflich characterisirt Puchta, a. a. O. I § 80 S. 192 das Wesen

dung zu einer sehr breitspurigen Affinitätslehre und zu einer Betheilung der Sponsalien mit allen jenen Folgewirkungen der Ehe hätte führen müssen, welche das Recht an den Thatbestand einer Affinitätsbeziehung knüpfte.

In der That scheint die Lehre des Servius sehr bald in den Reformen des Augustus und wo immer nur auf dem Gebiete des Ehe- und Processrechtes Affinitätsbeziehungen rechtliche Relevanz erhielten, acceptirt und angewendet worden zu sein. Namentlich kam dies zum Ausdruck in der Ertheilung der iura maritorum an bloss Verlobte und in der Ausdehnung der Eheverbote wegen Affinität auf die entsprechenden durch sponsalia begründeten Verwandtschaftsbeziehungen. Während man aber zur Zeit des Servius und Augustus (Anfang des achten Jahrhunderts der Stadt) für die letztere rechtliche Folgewirkung der sponsalia vielleicht noch an einen kargen Rest einer entsprechenden altrömischen Sitte anknüpfen konnte, jedenfalls aber jene alte Volksanschauung noch nicht gänzlich verschwunden war, welche die sponsi ganz allgemein in den Kreis der Sippe einzubeziehen und dementsprechend zu beurtheilen pflegte, hat

---

der Fiction: „Verweisung auf ein anderes Verhältnis, nach welchem das gegenwärtige beurtheilt werden soll, nennen die Römer Fiction; es wird jenes Verhältnis, es werden gewisse nicht eingetretene Thatsachen fingirt, heisst also so viel als: es sollen diejenigen Wirkungen eintreten, wie wenn jene Thatsachen vorlägen, die Wirkung einer Thatsache wird auf eine andere übertragen.« So soll auch hier das Verlöbnis nach der Ehe, Sponsalaffinität nach der ehelichen Affinität beurtheilt werden, d. h. wenn es sich um die rechtliche Beurtheilung der Beziehungen des sponsus zu den Cognaten der sponsa handelt, wird die Wirkung der nuptiae (Ehevollzug, traductio) auf die blossen Sponsalien übertragen, es wird daher bei dieser Ehe fingirt. Was für letztere gilt, ist auch für jene anzuwenden (scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere: Modestinus in l. 15 D. 23, 1; vgl. oben S. 53); wir haben daher eine Fiction im wahrsten Sinne des Wortes vor uns, wie sie das römische Recht für die rechtliche Beurtheilung der verschiedensten Verhältnisse wie Heirat Unmündiger, Adoption, Manumission, praet. Erbrecht, Process (Puchta, a. a. O. I, S. 493), Affinität überhaupt, im älteren Recht für das Verhältnis zwischen Mann und Frau in der Manusehe etc. statuirt hat. Vgl. hiezu S. 11, 23 n. 1, 27, 28 fg., 50, 52, 60 n. 1.

sich die spätere Jurisprudenz offenbar mit einer so weitgehenden rechtlichen Gleichstellung der Folgewirkungen von sponsalia und matrimonium, wie sie die augusteische Gesetzgebung vertrat, nicht vertraut machen können. Die historische Grundlage der vorausgehenden Rechtsauffassung war ihr fremd geworden. Damit würde vor Allem das Schweigen sämmtlicher aus der Zeit bis Ende des neunten Jahrhunderts erhaltenen Quellen stimmen. Doch kann der Mangel an einschlägigen Stellen auch darin seine Erklärung finden, dass von den Juristen vor Julian sehr wenige in den Digesten (in der sogenannten Sabinus-Masse nach Blume's Bezeichnung) [1]) berücksichtigt wurden, und sonst nur spärliche Reste auf uns gekommen sind.

Zur Zeit Julians war die Anwendung des Satzes des Servius sicher noch sehr controvers; insbesondere was die Frage der Uebertragung der ehehindernden Affinitätswirkungen auf die sponsalia betrifft, lehnt Julian sie entschieden ab (S. 65). Sein jüngerer Zeitgenosse S. Pomponius, wendet sich vielleicht, obwohl derselben (sabinianischen) Schule angehörig, gegen ihn, wenn er den Satz des Servius ganz allgemein mit der bezeichnenden Einleitung anerkennt: Servius recte dicebat etc. (l. 8 D. 38, 10.) Gaius wiederum acceptirt jene Fiction nur für die Befreiung der Verwandten von der Zeugnispflicht [2]), also für einen speciellen Fall und zwar wie Ulpian (l. 6 § 1 D. 38, 10) im Anschluss an die lex Julia et Papia (l. 5 D. 22, 5), während Marcian derselben zur lex Pompeia de parricidiis Erwähnung thut (l, 4, D. 48, 9; vgl. S. 43, 51, 58). Hier handelte es sich somit um specielle Rechtsverhältnisse; die Fiction des

---

[1]) Vgl. dessen Aufsatz in Zeitsch. für gesch. Rwsch. IV, 6, S. 257 fg. Puchta, a. a. O. I, S. 395.

[2]) Man scheint sich hierauf besonders gern exempli gratia bezogen zu haben. Vergl. Paulus in l. 10 pr. D. 38, 10, Venuleius l. 2. iud. publ. (l. 39 D. 47, 10) und oben S. 40, 50, 51, 57. In den Commentaren ad leg. Jul. et Pap. wurde wohl regelmässig die gesammte augusteische Gesetzgebung interpretirt, somit auch die lex Julia Augusti iudiciorum publicorum (Paulus 2 ad l. Jul. et Pap. in l. 4 D. 22, 5) und lex Julia de vi publica und priv. (Ulpian 9 ad off. proc. in Collat. IX, 2. 3).

Servius bildete nur eine extensive Interpretation und Ergänzung des die sponsi erwähnenden Gesetzes. Anders war es mit der ehehindernden Affinitätswirkung, die Augustus auf das Verlöbnis ausgedehnt hatte. Das war eine durchaus neue Norm, welche sich schwer in das Rechtssystem einfügen liess, da man damals nach Papinians Zeugnis Eheverbote wegen Affinität auf das ius gentium basirte und daher mit der rein juristischen Sentenz des Servius nicht gut operiren konnte. Man war daher genöthigt, die Eheverbote des Augustus, welche auf Sponsalaffinität sich gründeten, mit dem ethisch-socialen Zwecke jener Ehereform, mit dem Hinweis auf die Unziemlichkeit derartiger Verbindungen einfach zu referiren [1]). Die von Augustus selbst gegebene Motivirung wurde ignorirt (Paulus) oder direct abgelehnt. Dies thun die erörterten Stellen Julians, wobei es jedoch möglich ist, dass der in die Institutionen übergegangene Passus nicht vollkommen dem Ausspruche dieses Juristen entspricht.

Ulpians Standpunkt ist ein wesentlich verschiedener. Massgebende Momente nach der gegebenen Darstellung (S. 53 fg., 68) waren für ihn die Betonung des Vertrags- bezw. des Vorvertragscharacters der Ehe und des Verlöbnisses, dementsprechend deren fast vollständige rechtliche Gleichstellung in den Voraussetzungen wie in jenen Wirkungen, für die besonders die Beurtheilung als Vertrag entscheidend war. Da ferner die damalige Jurisprudenz (Paulus), die Lehre von den Ehehindernissen

---

[1]) Vgl. dazu das von Modestin zu seinem in l. 42 D. 23, 2 ausgesprochenen Grundsatze aus den augusteischen Gesetzen gegebene Beispiel: Nuptiae non erunt wegen der Nichtbeachtung dessen, quid honestum sit, also die gleiche Begründung wie oben; vgl. Bas. l. 28 t. 5 c. 2, 6, 15. Es darf nicht übersehen werden, dass die von Julian acceptirten Eheverbote über die Fiction des Servius insoweit hinausgehen, als sie auch die Beziehungen zu den Descendenten des Verlobten bezw. zu den sponsi der Ascendenten mit ehehindernder Affinitätswirkung (entsprechend dem Stiefverhältnisse) betheilen. Vielleicht gingen schon die Eheverbote des Augustus soweit. Die extensive Interpretation, wie sie aus den Aussprüchen eines Aristo und Pomponius (l. 40 D. 28, 2) oder Papinian (cf. l. 16 cod.), Plautius (cf. l. 39 eod.) hervorgeht, ist weit später erfolgt.

wegen Affinität mit der Fiction eines respectus parentelae (parentum filiorumve loco haberi), also iure civili zu begründen begann, ergab sich die Möglichkeit, den Satz des Servius auch in dieser Richtung im Sinne des augusteischen Eheverbots anzuwenden. Hiebei erkannte Ulpian den Fictionscharacter der Sentenz des Servius und brachte denselben dadurch zum Ausdruck, dass er die aus Sponsalien entspringende Affinitätsbeziehung als uneigentliche bezeichnete.

Ulpians Lehre scheint jedoch keine Anhänger gefunden haben. Ausser jener Stelle, wo Paulus das Eheverbot des Augustus ohne jegliche Begründung erwähnt (l. 14 § 4 D. 23, 2), findet sich überhaupt kein Beleg mehr für die Beibehaltung der ehehindernden Wirkung der Sponsalaffinität, obwohl letzterer Begriff bei Paulus, Marcian, Hermogenian u. a. noch festgehalten wird. Modestin erwähnt endlich bei seiner Aufzählung von ehehindernden Affinitätsbeziehungen ausdrücklich nur der giltigen Ehe als Grundlage derselben (l. 4, § 3, 8 D. 38, 10); den von ihm in l. 15 D. 23, 1 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz hieher zu beziehen, ist nach Allem für jene Zeit nicht mehr gerechtfertigt. Es ist hiebei eben zu bedenken, dass es sich um die Anwendung der Fiction des Servius auf eine zweite Fiction, nämlich auf die juristische Construction des Affinitätsbegriffes handelte, dass ferner, wenn die Jurisprudenz nicht gerade einen so excessiven Standpunkt wie Ulpian vertreten wollte, es der damaligen Bedeutung der sponsalia, in der Sitte wie im Rechte, nicht mehr angemessen erscheinen mochte, denselben eine so weitgehende Wirkung sogar nach Lösung des Verhältnisses einzuräumen. Endlich kommt als drittes beachtenswerthes Moment der Umstand hinzu, dass schon bei Ulpian (fr. Vat. § 202), namentlich aber bei Paulus (fragm. Vat. § 117, l. 17 D. 42, 5, cf. l. 2, D. 23, 3) und bei Modestin (l. 1 § 5 D. 27, 1) das Bestreben zum Ausdruck gebracht wird, das Zustandekommen der Ehe durch Ausnahmen von entgegenstehenden Prohibitivsätzen zu erleichtern.

In den zwei zuletzt angeführten Citaten aus Paulus, sowie in nicht wenig anderen Aussprüchen desselben Juristen finden

wir zur Motivirung der verschiedensten, meist eherechtlichen Sätze zum ersten Male ein Moment betont, das für die spätere Entwicklung der Lehre von der Quasiaffinität von grundlegender Bedeutung geworden ist, uud sehr früh auch im Rechte der Kirche wiederkehrt, nämlich die Rücksicht auf das Interesse der Gesammtheit, auf öffentliche Sitte und Ehrbarkeit. Wir begegnen Redewendungen wie: interest rei publicae, p. disciplinae (l. 2 D. 23, 3, l. 18 D. 42, 5 Paul. sent. V. 4, 15), rei publicae venerandae causa, ad vindictam publicae maiestatis (l. 33 D. 47, 10), contemplatio morum, cont. publicae utilitatis, publicae honestatis causa (J. Paulus Sent. II. 19, 2, V. 4, 21; vgl. oben S. 82), womit sichtlich das ethisch-sociale Moment, auf dem ein Rechtssatz beruht, in den Vordergrund gerückt wird und oft die mangelnde rechtliche Motivirung ersetzt werden soll. In dem von Modestin (l. 42 D. 23, 2) ganz allgemein für die Beurtheilung von ehelichen Verbindungen aufgestellten Grundsatze: „semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit", sowie in der Betonung des nuptias honeste contrahere kommt der gleiche Gedanke noch präciser zum Ausdrucke. Wenn wir schliesslich noch die Motivirung damit vergleichen, welche Paulus in l. 14 § 2 sq. D. 23, 2 für die Ausdehnung der ehehindernden Wirkung auf jene uneigentlichen verwandschaftlichen Beziehungen gebraucht, die auf Adoption, Manumission, Contubernium beruhen, so finden wir auch hier denselben Gedanken, denselben Hinweis auf das certius et modestius (vgl. bei Julian: rectius et de jure) als Begründung des Eheverbots benützt. Dass es sich hier um Begriffe uneigentlicher Verwandschaft handelt, wird in den einschlägigen Stellen durch Voraussetzung der Partikel quasi vor die Cognations- und Affinitätsnamen oder durch die bekannte Wendung loco esse ausgedrückt. Da nun seit Ulpian auch die Sponsalaffinität als uneigentlicher Verwandschaftsbegriff erklärt wurde, so begreift sich, dass die spätere Zeit auch die auf diesem beruhende Eheverbote in der gleichen Weise mit der publica honestas begründete. Dieses ethisch-sociale Moment sollte, wie schon ge-

sagt, gewissermassen das ersetzen, was der rechtlichen Construction jener fingirten Verwandschaftsverhältnisse an zwingender, ehehindernder Kraft mangelte.

Wir finden somit schon im vorjustinianischen Rechte für nachgebildete Cognations- oder Affinitätsbeziehungen den später technisch gewordenen Begriff der ratio honestatis, der Rücksicht auf öffentlichen Anstand, wenigstens im Keime gegeben und in der Motivirung der aus jenen abgeleiteten Eheverbote angedeutet, insoferne diese auch durch eine gewisse allgemeine Missbilligung oder Unanständigkeit der entsprechenden Verbindung vom Standpunkte der Moral und gesellschaftlichen Sitte gerechtfertigt erscheinen.

Zweiter Abschnitt.

Affinitätswirkungen des Verlöbnisses im nachjustinianischen Rechte.

30. Nach den Ergebnissen der bisherigen Untersuchung sind für die Entwicklung der römischrechtlichen Lehre von der Sponsalaffinität hauptsächlich vier Momente massgebend gewesen: 1. Betonung des Verlöbnisses durch Uebertragung einer Anzahl von ehelichen Rechtswirkungen auf dasselbe. 2. Fiction von Affinitätsbeziehungen auf Grund bestimmter rechtlicher oder ethischer Thatbestände. 3. Einreihung des durch sponsalia begründeten Personenverhältnisses unter diese (ethischen) Thatbestände fingirter Affinität. 4. Motivirung der ehehindernden Wirkung solcher uneigentlicher Affinitätsbeziehungen zunächst mit der bestehenden rechtlichen Analogie, sodann mit dem Hinweise auf die honestas matrimonii als Postulat der boni mores.

Während die ersten drei Momente sich auf Grund reichlichen Quellenmaterials bis zum Beginne der byzantinischen Periode in der Rechtsentwicklung verfolgen lassen, gestatten bezüglich des vierten Momentes nur spärliche Anhaltspunkte den Schluss, dass man die zu Gunsten einzelner Eheverbote sprechenden ethisch-socialen Motive in einem vagen Collectivausdrucke als ratio honestatis zusammenzufassen begann. Es wird sich nun darum handeln, zu untersuchen, inwieweit durch die nachjustinianische Rechtsbildung Veränderungen in diesen Grundlagen unseres Eheverbots, beziehungsweise des Begriffs

der Sponsalaffinität überhaupt erfolgten. Die Codification Justinians, welche Basis und Ausgangspunkt aller späteren Entwicklung bildet, stellt wie im Allgemeinen, so auch in unserer Frage die einschlägigen Aussprüche der klassischen Jurisprudenz als Autorität hin. Auf diese Sentenzen geht auch das in den Institutionen enthaltene Eheverbot wegen Sponsalaffinität zurück. Die folgende Untersuchung wird daher nicht so sehr mit der Frage des Fortbestandes des Ehehindernisses als mit jener sich zu beschäftigen haben, ob die Motivirung und Ausdehnung des Eheverbots nicht eine andere geworden ist.

Die verschiedenen Voraussetzungen und Schicksale, welche die Entwicklung des römischen Rechts auf byzantinischem und abendländischem Boden anders gestaltet haben, fordern schon im Allgemeinen eine Trennung der Untersuchung nach den genannten zwei Rechtsgebieten. Für unsere Frage wird dies noch aus dem anderen Grunde unerlässlich sein, weil sich auch für die kirchliche Rechtsentwicklung, welche nun neben der weltlichen emporzukeimen beginnt, eine Trennung zwischen orientalischer und lateinischer Kirche ergibt. Diese Scheidung hat auch für die Lehre von der Sponsalaffinität eine besondere Bedeutung erlangt.

Auf byzantinischem Rechtsgebiete ergeben sich nämlich infolge der intensiven Einwirkung des kirchlichen Rechts auf die spätere Gesetzgebung zwei Entwicklungsperioden. Die eine schliesst ab mit der Publication der Basiliken unter Leo Philosophus (886—911). Unmittelbar nach dieser gesetzlichen Neuredaction des justinianischen Rechts, insbesondere mit der Hinzufügung einzelner einschlägiger Scholien beginnt eine neue Entwicklung des byzantinischen Verlöbnisrechtes und der Lehre von der Sponsalaffinität, welche damit endigt, dass diese in Begriff und Wirkungen der ehelichen Affinität unter der Voraussetzung der kirchlichen Einsegnung des Verlöbnisses völlig gleichgestellt wird. Die Ausbildung dieser Lehre erfolgt durch die orientalische Kirche auf Grund ihres Verlöbnisrechts; gegen Ende des elften Jahrhunderts erscheinen die entsprechenden Normen auch von der byzantinischen Gesetzgebung anerkannt und

in das weltliche Recht aufgenommen. Mit Rücksicht auf die umfassenden Untersuchungen von J. Zhishman[1]) und C. E. Zachariae v. Lingenthal[2]) wird es nun bei den bezeichneten zwei Entwicklungsphasen nur darauf ankommen, das von diesen Autoren gewonnene Quellenmaterial von jenen wesentlich neuen Gesichtspunkten aus zu ergänzen und zu prüfen, welche aus dem Gange der bisherigen Untersuchung des vorjustinianischen Rechts sich fast von selbst geboten haben. Es wird nicht ohne Interesse sein, die Beurtheilung kennen zu lernen, welche die von Justinian übernommenen einschlägigen Aussprüche der klassischen Jurisprudenz seitens der byzantinischen Bearbeiter der Digesten und Institutionen erfuhren. Einen gewissen Rückschluss auf den Charakter der vorausgegangenen Entwicklung und auf die herrschend gewesene Auffassung der byzantinischen Jurisprudenz gestatten in dieser Hinsicht die erhaltenen Scholien, obwohl wegen der späteren Ueberarbeitung derselben der Werth solcher Schlussfolgerungen sehr problematisch erscheint[3]). Ein Hauptmotiv, auch auf das byzantinische Recht Rücksicht zu nehmen, lag für mich in dem beachtenswerthen Umstande, dass die Entwicklung der Quasiaffinitätslehre in der oriental. Kirche ein auffallendes Seitenstück zur entsprechenden canonischen Rechtsentwicklung auf abendländischem Gebiete bildet. Man fühlt sich um so mehr zu einem Vergleiche angeregt, wenn man bedenkt, dass die Entwicklung beiderseits fast zur selben Zeit und selbständig von der Kirche ausgieng, auf gemeinsamer Grundlage (Betonung des Verlöbnisses) beruhte, aber doch infolge wesentlicher Unterschiede in der Affinitätslehre (Thatbestand: hier Eheschluss, dort Copula) schliesslich zu ganz verschiedenen Endresultaten geführt hat. Auch soll hier nicht unerwähnt bleiben, dass, wie die Untersuchung zeigen wird, sich manche directe Anhaltspunkte dafür finden, dass die röm. Kirche in einschlä-

[1]) Das Eherecht der orient. Kirche, Wien 1864, S. 137 fg. 358 fg. 384 fg. 604 fg.

[2]) Geschichte des griechisch-römischen Rechtes, 3. Aufl. Berlin 1892, S. 65 fg. 73 fg.

[3]) Puchta, a. a. O. I. S. 404. Heimbach in Zschr. f. Rg. 2, 319 fg.

gigen Fragen auch von byzantinischer Rechtsauffassung beeinflusst wurde oder zum mindesten Anklänge an dieselbe aufweist.

Was jedoch das Rechtsgebiet der lateinischen Kirche betrifft, so wird es hauptsächlich darauf ankommen, aus dem äusserst kargen Quellenmateriale, welches uns für die nachjustinianische Entwicklung des römischen Rechts im Abendlande zur Verfügung steht, jene Momente hervorzusuchen, die auf eine Aenderung des weltlichen Verlöbnisrechts und der Affinitätslehre im Allgemeinen, sowie des Begriffs und der Wirkungen der Sponsalaffinität im Besonderen schliessen lassen. Hievon wird die Entscheidung der Frage abhängen, welche gegenseitige Beeinflussung kirchlicher und weltlicher Rechtsentwicklung in diesem Stadium unserer Lehre erfolgte und in inwieweit das spätere canonische Ehehindernis der Quasiaffinität (aus dem Verlöbnis) auf selbständige Rechtsbildung in der lateinischen Kirche zurückzuführen ist oder lediglich als Aufnahme und Neubelebung der altrömischen civilrechtlichen Doctrin betrachtet werden muss.

A. Byzantinisches Recht.

1. Bis zur Redaction des Civilrechts durch die Basiliken (Ende des 9. Jahrhunderts.).

31. Aus dieser Periode kommen für die Untersuchung in Betracht: die justinianischen Codificationen als Basis der weiteren Entwicklung, insbesondere aber die für die Praxis allein massgebend gewesenen Paraphrasen und Auszüge dieser Gesetzbücher, soweit sie uns über die Auffassung der byzantinischen Jurisprudenz bezüglich unserer Lehre Aufschluss geben. Hiebei soll nur auf jene Juristen eingegangen werden, deren Werke, wie die Institutionenparaphrase des Theophilus, fast ausschliessliche Autorität genossen. Wenig einschlägiges bieten die Novellen Justinians und seiner Nachfolger, mehr die Codificationsversuche der Kaiser des achten und neunten Jahrhunderts (Leo Isaurus: Ekloga, ao. 740; Basilius Macedo: Prochiron und Epanagoge, ao. 879). Durch die Basiliken und die Novellen des Kaisers Leo Philosophus (886—911) wird die eherechtliche Entwicklung bereits in die Periode directen Einflusses der kirch-

lichen Gesetzgebung hinübergeleitet. Welcher Werth den später in die Basiliken unvermittelt eingefügten Aussprüchen älterer Juristen (Scholien) beizumessen ist, wurde bereits oben gesagt. Aus schon angegebenen Gründen wird die Prüfung des Materials nach den erwähnten vier grundlegenden Gesichtspunkten erfolgen, welche für die vorjustinianische Entwicklung massgebend waren. Damit wird sich die Darstellung der Lehre enger an die Resultate jener anschliessen lassen; das Hauptgewicht hiebei wird — schon im Interesse möglichster Kürze — auf die Beurtheilung zu legen sein, welche der Kern der Doctrin d. i. das Eheverbot als solches erfahren hat.

Die byzantinische Gesetzgebung und Jurisprudenz lehnt sich betreff unserer Lehre fast ausschliesslich an die Digesten an. Die Sätze der vorjustinianischen Rechtssprechung kehren daher vielfach fast wörtlich oder dem Sinne nach wieder, ohne dass die daran gefügten Erläuterungen der byzantinischen Juristen wesentliche Aenderungen der Rechtsauffassung erkennen lassen würden. Dies gilt namentlich bezüglich des Moments, das in der Betonung des Verlöbnisses durch Betheilung desselben mit ehelichen Rechtswirkungen liegt. In dieser Beziehung sind nicht nur alle jene rechtlichen Folgen, welche nach den Digesten aus dem Verlöbnis in gleicher Weise wie aus der Ehe abgeleitet werden, von der byzantinischen Jurisprudenz acceptirt worden, sondern unter dem Einflusse christlicher Moral zeigt sich überall dort, wo das Moment der Sitte und Ehrbarkeit besonders vorwiegt, das Bestreben, die ausgesprochene Gleichstellung von sponsi und conjuges besonders hervorzuheben. Zwar finden sich einzelne Aussprüche, welche besagen, dass man den Sponsalien nicht durchaus dieselbe Kraft beimessen dürfe [1]) und dass die sponsi nur uneigentlich als Eheleute bezeichnet werden [2]). Die einzelnen Ge-

[1]) Schol. Stefani (noch unter Justinian und Justin) ad c. 9 Bas. 21, 2 (= l. 9 D. 3, 2): Pone, cum sponsalia eiusdem potestatis cum nuptiis non sunt; vgl. dazu das verausgehende Scholion.

[2]) Schol. Enantiophanis (Anonymus [Julianus?] unter Heraklius, 610—641; cf. Zachariae, a. a. O. S. 12) ad c. 5 Bas. 21, 1 (= l. 5

setzesstellen, die dabei citirt werden, zeigen aber deutlich, dass man damit nur auf den Fictionscharakter der in den Digesten befindlichen einschlägigen Sätze hinweisen wollte. Dass aber die dort vertretene rechtliche Gleichstellung der sponsi und conjuges bereits in die Praxis eingedrungen war, beweist die schon erwähnte Constitution von Leo und Anthemius (ao. 473) in l. 5 C. 6, 61, wo ausdrücklich gesagt wird, dass ein Streittheil sich auf diese rechtliche Gleichbehandlung berufen habe und der Gesetzgeber daher auch in diesem Sinne entscheiden wolle [1]). Gerade auf diese Codexstelle und auf jene Digestensätze, welche die Fiction des Servius bringen, pflegte, nach den Scholien zu urtheilen, die byzantinische Jurisprudenz gewöhnlich dabei sich zu beziehen. Am entschiedensten wird diese Frage der Gleichstellung von sponsalia und matrimonium dort betont, wo es sich um die Beurtheilung des Begriffes adulterium handelt. Die Ausdehnung desselben auf den Bruch der Verlöbnistreue war nach Ulpians Zeugnis schon vor Justinian (Rescriptum Severi et Antonini, vgl. S. 53, 54) erfolgt. Justinians Const. un. § 1 a, 1 b C. 9, 13, ao. 533 u. Nov. 143 (= 150; Authenticum, ed. Heimbach: Nr. 132, ed. Zachariae: Nr. 173) über Entführung acceptirten diese Auffassung ausdrücklich: praesertim poenis locum dedisse, si iam nuptae vel desponsatae mulieres rapiantur, quum non solum raptus

D. 22, 5): Nam ex sponsalibus eiusmodi nomina incipiunt ut lib. 36 (bei Mommsen ff. l. 38) tit. 10 dig. 8 seu lib. 45 tit. 3. Const. autem 5 tit. 61 lib. 6 Codicis seu liber 45 tit. 4 cap. 6 (bei Heimbach cap. 8) dicitur: quamvis plerumque mariti et uxoris appellatione significentur sponsi sponsaeve, proprie tamen maritus et uxor post matrimonium dicuntur. Lege lib. 23 tit. 2 dig. 12 them. 2. Dicit enim me sponsam patris mei ducere non posse, quamquam noverca proprie non sit. Sed et de nuptiis quaere lib. 28 tit. 5 cap. 2 them. ult., quo dicitur me patris aut fratris mei sponsam ducere non posse, quamvis ipsis non nupserint. Vgl. dazu besonders das Schol. Theodori (unter Justinian: cf. Zachariae, a. a. O. S. 6 A. 4) ad c. 8 Bas. 45, 4 (= c. 5 C. 6, 61, wozu oben S. 38, 49).

[1]) Nach der cit. Constitution unter Berufung auf Julians Interpretation ad leg. Juliam de fundo dotali mit der Begründung: quia consequens est ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare.

mulieris, verum adulterium etiam per huiusmodi temeritatem committitur. Aehnlich lautet auch die cit. Codexstelle, wo noch die sponsa sua unter die Strafnorm einbezogen wird (vgl. Prochiron, XXXIX, 40). Das Scholion Theodors zu dieser Novelle (ad c. 2 Bas. 60, 58), sowie jene seines Zeitgenossen Dorotheus zu c. 15 n. 3, 10 Bas. 60, 37 (= l. 13 § 3, 8 D. 48, 5) hebt diese Beurtheilung besonders hervor. Hiebei hält die byzantinische Jurisprudenz im Anschlusse an l. 1 Cod. 5, 1 und l. 11 § 7 D. 48, 5 (= c. 13 n. 8 Bas. 60, 37; vgl. oben S. 54) an der Ansicht Papinians fest, dass mit Ausnahme der in l. 2 C. 5, 1 und l. 2 C. 5, 17 (cf. l. 18 D. 23, 2) fixirten zwei oder dreijährigen Wartepflicht des Verlobten die sponsalia frei gelöst werden können und eine anderweitige Verheirathung vor Lösung des ersten Brautverhältnisses nicht als adulterium anzusehen sei [1]).

Dieser Standpunkt der byzantinischen Gesetzbücher ist hier besonders hervorzuheben, weil die gleichzeitige Gesetzgebung der orientalischen Kirche in dieser Frage eine wichtige, der aus den Digesten acceptirten Lehre Papinians entgegengesetzte Entscheidung getroffen hat. Indem sie nämlich an die seit jenem Rescript Severi et Antonini (oben S. 53) im Civilrecht gestattete Ehebruchsklage gegen die sponsa anknüpfte, suchte sie diese Lehre, welche auch im mosaischen Rechte (Deut. XXII, 23—24) Anklänge hatte, zur Hebung der bindenden Kraft des Eheversprechens zu verwerthen. Durch den 98. Kanon der trullanischen Synode (692) wurde bestimmt, dass die Heirat mit der Verlobten eines Andern, solange dieser lebe, als Ehebruch zu bestrafen sei. Mit diesem Kanon, — von dem noch näher die Rede sein wird, weil auch das abendländische Kirchenrecht eine analoge Norm aus jener Zeit aufweist, — wurde also die Verletzung

[1]) Vgl. die Scholien des Theodorus, Thalelaeus (cf. Zachariae, a. a. O. S. 6) und Dorotheus zu den citirten Basilikenstellen (c. 15, 16 Bas. 28, 1, c. 13 n. 8 Bas. 60, 37). Bezüglich l. 7 c. 9, 9 wird in den Scholien des Theodorus und Thalelaeus zu c. 50, 51 Bas. 60, 37 zwischen adulterium und stuprum unterschieden. Der sponsus kann iure mariti wegen stuprum klagen, nicht aber wegen adulterium, der spätere Ehemann nur, wenn die adultera seine sponsa gewesen war. Vgl. S. 53 A. 1.

des Verlöbnisses mit jener des Ehebandes in eine Linie gestellt und die Lösung der Sponsalien sehr erschwert. Welche Bedeutung diese kirchliche Norm für die weitere Entwicklung des weltlichen Verlöbnisrechtes und der Lehre von der Sponsalaffinität gehabt hat, wird erst im nächsten Abschnitte zur Sprache kommen. Für diese Periode jedoch ist zu constatiren, dass die byzantinischen Gesetzbücher, selbst noch die Basiliken nur Bestimmungen im Sinne der justinianischen Lehre des ius antiquum aufweisen. Ausser den an das Digestenrecht sich anschliessenden Normen [1]) kehrt seit der Ekloga nur noch eine Vorschrift wieder, welche die Verführung einer fremden Verlobten wie Incest und Ehebruch mit empfindlichen Leibes- und Vermögensstrafen bedroht [2]). Es ist aber nicht zutreffend, wenn Zhishman [3]) und Zachariae [4]) diese selbständige strafrechtliche Norm für eine Wiedergabe des trullanischen Kanons in modificirter Form erklären. Die kirchenrechtliche Entscheidung erscheint nur in den Scholien zu den weltlichen Gesetzen interpolirt [5]). Insbesondere in Schol. (Stefani) 7 ad l. 13 Bas. 21, 2 (l. 13 § 3 D. 3, 2) wird mit Berufung auf jenen Kanon, der hier jedenfalls erst nach den Basiliken eingeschaltet wurde, die vor Lösung des ersten Verlöbnisses eingegangene Ehe nicht nur als infamirend im Sinne des alten prätorischen Edicts, sondern auch als nichtig erklärt [6]).

---

[1]) cf. l. 13 Schol. 7, 8, l. 15 Schol. 3 u. 10, l. 50, 51 Bas. 60. 37 (ad l. 11 § 7, l. 13 § 3, 8 Dig. 48, 5 nnd l. 6, 7 C. Just. 9, 9), l. 2 Schol. 1 Bas. 60, 58 ad Nov. Just. 143.

[2]) Ekloga, XVII, 32 (ed. Zachariae, Collectio librorum juris graeco-romani inedit. Lips. 1852 p. 48), Prochiron, XXXIX, 68 (ed. Zachariae Heidelb. 1837, p. 252), Epanagoge aucta, XL, 55 (ed. Zachariae in Coll. cit, p. 213), l. 82 Basil. 60, 37.

[3]) Orient. Eherecht, S. 142, 392, 584.

[4]) Gesch. des griech. röm. R., S. 75.

[5]) Ausser der besprochenen Stelle noch in den Scholien zu l. 13 th. 9 Bas. 60, 37.

[6]) Ehebruch ist schon seit der lex Julia vernichtendes Ehehindernis: l. 26. D. 23, 2 (= l. 11 Bas. 28, 5). Vgl. dazu die Ausführungen bei Zhishman, a. a. O. S. 584 § 4. Eheversprechen während der Ehe ist Scheidungsgrund, cf. Nov. Just. 22 c. 16.

Ausser in der Ausdehnung des Ehebruchsbegriffes auf geschlechtliche Vergehen eines Verlobten oder mit einer fremden Verlobten finden wir die ethisch-sociale Gleichstellung von Braut- und Ehestand rechtlich wie im ius antiquum anerkannt für die allgemeine Injurienklage [1]), für den Begriff des parricidium und das entsprechende Verfolgungsrecht [2]), für die Trauerpflicht [3]) und die Infamie [4]). Im Allgemeinen schliessen sich die betreffenden Normen an das justinianische Recht an, die Betonung des ethischen Motivs kommt jedoch vielfach in den beigefügten Scholien zu besonderem Ausdrucke. Weniger gilt dies von jenen auf das Verlöbnis übertragenen ehelichen Rechtswirkungen, welche prozess- oder vermögensrechtliche Fragen betreffen [5]). Hier wird meist das justinianische Recht kurz referirt, ohne dass die Scholien nähere Aufklärung über die einschlägige Auffassung der byzantinischen Juristen enthielten. Ausnahmsweise ist dies der Fall bezüglich des Veräusserungs- und Belastungsverbotes für den fundus dotalis, wobei man sich auf die obengenannte Codexstelle (l. 5 C. 6, 61) berufen konnte [6]), sowie bezüglich der Ausdehnung des

[1]) l. 5, 14 Bas. 60, 21 (l. 5, 15 § 24 D. 47, 10, oben S. 40, 51) u. die Scholien § 3 zu l. 1 u. § 21 zu l. 14 ib. Gemeinsamer Gesichtspunkt ist: persona nostro affectui subjecta.

[2]) Die sponsi werden eigens erwähnt, ebenso die Fiction des Servius: l. 1, 3 Bas. 60, 41 (l. 1, 4 D. 48, 9), vgl. S. 42, 51.

[3]) l. 9, 10 Bas. 21, 2 (l. 9 D. 3, 2), vgl. oben S. 46, 55 u. Glück, a. a. O. 22 B. S. 393 Anm. 24. Prochiron I, 12, 41.

[4]) l. 1, 13 Bas. 21, 2 (l. 1, 13 D. 3, 2), vgl. S. 47, 57.

[5]) So die im ersten Abschnitte erörterten Digestenstellen betreffend die postulatio pro amico (l. 1 Bas. 8, 1 = l. 1 § 11 D. 3, 1, oben S. 44), die Befreiung von der Zeugnispflicht (Schol. Isid. [Dor.?] und Enant. ad l. 4, 5 Bas. 21, 1 = l. 4, 5 D. 22, 5, o. S. 40, 51. Die Fiction des Servius wird beibehalten). Ebenso sind auch die einzelnen Bestimmungen wegen Verlobung mit tutor, praeses provinciae, mit personae inhonestae, mit Libertinen, Sponsalien der liberta gegen Willen des Patrons u. a. ohne wesentliche Veränderung übergegangen (cf. Proch. II, 8, l. 20 Bas. 28, 1, l. 20, 21 Bas. 28, 4; vgl. w. unten die Besprechung des Begriffs honestas).

[6]) l. 4 Bas. 29, 6 (Schol. Stefani) = l. 4 D. 23, 5, und l. 8 Bas. 45, 4 (l. 5. C. 6, 61) mit den Scholien des Theodorus und Thalelaeus. Vgl. oben S. 38, 49. Ueber die Bezugnahme auf die Fiction des Servius siehe weiter unten.

priv. exigendi bei Rückforderung der dos [1]), worauf sich besonders die späteren Commentatoren des 98. trullanischen Kanons stützten, um die volle Gleichstellung der Sponsalien mit der Ehe für das weltliche Recht darzuthun [2]). Diese Juristen hätten sich zu diesem Zwecke noch auf viele einzelne weltlich rechtliche Bestimmungen berufen können.— Obwohl das byzantinische Verlöbnisrecht grösstentheils nur eine vielfach verschwommene Wiedergabe der justinianischen Rechtsbestimmungen bildet, so verrathen doch einzelne Momente die Tendenz, dem Eheversprechen eine mehr verpflichtende Wirkung zuzutheilen. Das gilt namentlich für das Gebiet des Güterrechts, wo wir die früher verbotene Sitte, Conventionalstrafen zu stipuliren, gesetzlich sanctionirt finden [3]). Eine Wirkung dieser Norm zeigt sich darin, dass die Scholientexte für den Fall einer arrha oder Conventionalpön stets die erschwerte Lösbarkeit der Sponsalien erwähnen, während sie sonst nur die Nothwendigkeit des repudium betonen [4]). Ebenso finden wir bezüglich der Schenkungen unter sponsi ausführliche Bestimmungen, welche auf eine Verstärkung der Sponsalverpflichtung schliessen lassen [5]). Hiebei wird ausdrücklich erwähnt, dass selbst die erfolgte Stipulation keine höhere Verbindlichkeit in diesem Sinne begründe [6]). Zhishman will zwar zwei Arten von Civilverlöbnissen unterscheiden, je nachdem Stipulation erfolgte oder nicht [7]). Dies ist aber insoferne nicht genau, als der weniger im Rechte als in der damaligen Sitte von Relevanz gewesene Unterschied, welcher auf byzantinischem Rechts-

---

[1]) l. 17 Bas. 9, 7 (l. 17 D. 42, 5), l. 70 Bas. 29, 1 (l. 74 D. 23, 3), cf. nov. Just. 91 und oben S. 38, 51, 58.

[2]) Zhishman, a. a. O. S. 389 Anm. 3.

[3]) Nov. Leonis phil. 18. Darüber Zhishman, a. a. O. S. 650 fg. Zachariae, a. a. O. S. 74. Vgl. oben S. 24 n. 3.

[4]) cf. Schol. ad l. 1 Bas. 28, 1, l. 1, 2, 3 Bas. 28, 2, Schol. 2 ad l. 4, 15. Bas. 28, 1, Schol. 1 ad l. 15, 16 Bas. l. c. u. l. 17 squ. ib.

[5]) cf. l. 1 Bas. 10, 12, l. 3 Bas. 28, 2, l. 1 Bas. 28, 3, Schol. ad l. 3 ib., l. 30, 61 Bas. 30, 1, l. 1, 47 Bas. 47, 1, nov. 22, c. 22, 61, 68 etc. Vgl. oben S. 35, 51.

[6]) cf. Schol. Stef. ad l. 1 Bas. 28, 1.

[7]) a. a. O. S. 137, 387.

gebiet hinsichtlich der Verlöbnisform und der danach verschiedenen Wirkungen sich einbürgerte, nicht an eine Stipulationsform der Sponsalien [1]), sondern an die Bedeutung feierlicher Ceremonien, so des Brautkusses (osculum interveniens [2]), des Ringwechsels (anulus pronubus) als Symbols der übernommenen Treuverpflichtung [3]), vielleicht auch an die Sitte der dexterarum conjunctio [4]) anknüpfte. Diese Momente zusammen mochten im praktischen Leben die Bedeutung einer symbolischen Uebergabe gewonnen haben, während das einfach abgegebene Eheversprechen als ein nicht verpflichtender Vorvertrag galt [5]). Aber auch dieser Unterschied der sponsalia interveniente vel non interveniente osculo hat civilrechtlich nur bezüglich der Giltigkeit der ante nuptias erfolgten Schenkungen Bedeutung erlangt [6]).

---

[1]) Erst mit der Einführung der Conventionalpön hat die Stipulation beim Verlöbnisse im byzant. Rechte wieder einige Bedeutung erlangt. Vgl. zum Texte noch oben S. 18 A. 1 u. w. u. S. 137 A. 1. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 485 fg. Zachariae, Gesch. d. gr. r. R. S. 277 fg.

[2]) Vgl. oben S. 35, 46 Anm. 1, Mitteis, l. c. S. 299, 305.

[3]) Vgl. Puchta, a. a. O. II, 401 n. k. An diesen Brauch dürfte sich die spätere Sitte der arrha sponsalitia angeschlossen haben; vgl. Zhishman, a. a. O. S. 387 Anm. 4, Mitteis, l. c. S. 266, 268.

[4]) Tertullian, apolog. c. 6 u. de vel. verg. c. 11 (M. P. L. 1, 354, 954). Vgl. unten S. 134 Anm., S. 136 A. 1.

[5]) Die Scholien und byzantinischen Gesetze sprechen wiederholt von contractus sponsalium (cf. l. 13 B. 28, 1) und betonen den Consens als constitutives Moment. Vgl. nov. Just. 22 c. 3; 74 c. 4 u. oben S. 55 A. 1.

[6]) L. 2, 6 C. Th. 3, 5 (= l. 15, 16 C. Just. 5, 3). Der Ausdruck sive adfinitatis coeundae causa sive non ita, der sich in l. 2 C. Th. l. c. noch nicht vorfindet, ist jedenfalls auf dieselbe Unterscheidung zu beziehen. Die Behauptung, „dass man erst nach Abschluss der sponsio von sponsalia, von sponsa u. s. w. bei nudum pactum dagegen nur von pacta sprach“ (vgl. Zhishman, a. a. O. S. 387, Sehling, a. a. O. S. 20) ist insoferne nicht genau, als der Ausdruck sponsi auch vor Stattfinden der sponsalia, z. B. auf Grund eines blossen pactum de nuptiis des Vaters gebraucht wird und die Quellen meist das despondere als feierliche Ceremonie von dem zeitlich späteren civilrechtlichen pacisci, dem specia-

Die in der späteren kirchlichen Praxis wesentlich gewordene verschiedene Beurtheilung des kirchlich eingesegneten Verlöbnisses gegenüber dem ohne die Euchologie geschlossenen Civilverlöbnisse lässt sich in dieser Periode noch nicht nachweisen. Auch die 74. Novelle Kaisers Leo phil., welche man bisher mit dieser Sitte in Zusammenhang brachte, bezieht sich, wie die folgende Untersuchung ergeben wird, auf eine ganz andere Frage. Doch ist nicht zu verkennen, dass um die Zeit dieses kirchenfreundlichen Herrschers die kanonische Beurtheilung des Verlöbnisses immer intensiveren Einfluss auf die Handhabung des byzantinischen Sponsalrechts zu äussern begann.

32. Die Affinitätslehre des byzantinischen Rechts schliesst sich eng an das justinianische Recht an. Die Unbestimmtheit der Grenze, bis zu welcher die Ehe wegen Affinität verboten wird, characterisirt auch die entsprechenden Normen der byzantinischen Gesetzbücher, die sich hiebei lediglich auf die Wiedergabe der einschlägigen Bestimmungen der Digesten und Institutionen beschränken [1]). Der Titel de incestis nuptiis des justinianischen Codex erscheint auffallenderweise gar nicht berücksichtigt. Eine mehr oder weniger wesentliche Veränderung der Eheverbotslehre kommt nur in folgenden Momenten zum Ausdruck. Vor allem fällt der Unterschied von nuptiae prohibitae und nuptiae incestae (Tit. Bas. 28, 5 und 6; vgl. dazu S. 76) in die Augen. Aus dem Inhalte der von diesem Gesichtspunkte aus getrennten Normen [2]) ersehen wir jedoch, dass es sich nur um die Scheidung der einschlägigen civilrechtlichen Bestimmungen von jenen des Strafrechts handelt, welche

---

liter de futuris nuptiis (de conjunctione puellae) definire, das sich auf vermögensrechtliche Verabredungen bezog, unterscheiden. Vgl. zur Frage noch oben S. 18 A. 1, S. 35 A. 1 und l. 2, 4, 5, 11, 12 C. Th. 3, 5, l. 8, 19 C. Just. 5, 3; Prochiron I, 9. Mitteis, l. c. S. 287 fg., 299.

[1]) Prochiron, VII. 7 sqq. (Zachariae, ed. p. 53), Epanagoge XVII, 7, l. 1 sq. Bas. 28, 5, l. 1 sq. Bas. 45, 3. Theophili Inst. paraphrasis ad tit. 10 § 6 (ed. Ferrini, Berlin, 1883 p. 45 sqq.)

[2]) Bas. 28, 6 = Nov. Just. 12; Prochiron XXXIX, 69, 72 (Zachariae ed. p. 253), l. 76 Bas. 60, 37, l. 34 Bas. 28, 5.

letztere in der Nov. Just. 12 besondere Regelung erfahren hatten. In Theophils Institutionenparaphrase (vor 537), welche zu ausschliesslicher Autorität gelangte, finden wir zum ersten Male jene eigenthümliche Definition des Begriffes affinitas, welche in allen späteren Gesetzbüchern des byzantinischen Rechts, sowie in der canonischen und civilistischen Jurisprudenz der mittelalterlichen Rechtsschulen in wesentlich ähnlicher Form wiederkehrt: Affinitas est autem necessitudo personarum, quae nobis per nuptias citra cognationem junguntur. Damit wird die Entstehung der eigentlichen Affinität im Sinne der späteren vorjustinianischen Lehre auf die Ehe eingeschränkt. Ebenso wird die Voraussetzung der Rechtmässigkeit der Ehe im Anschluss an Modestin und an die justinianische Gesetzgebung besonders betont [1]). Noch beachtenswerther erscheint es, dass in den byzantinischen Rechtsquellen die Fiction des parentum liberorumve loco haberi als juristische Grundlage der Affinität und dem entsprechend die Motivirung der ehehindernden Wirkung solcher Personenbeziehungen mit dem Begriffe des respectus parentelae viel präciser zum Ausdruck gebracht wird als im alten Rechte. Gleichzeitig wird aber auch die ethische Basis der entsprechenden Eheverbote hervorgehoben [2]). Mit dem Verschwinden des Unterschiedes von ius civile und ius gentium verliert auch die darauf gegründete doctrinäre Scheidung der Incestsbegriffe (in inc. iur. civ. und inc. iur.

---

[1]) cf. l. 1, 2 Bas. 45, 3 (l. 4 § 9 D. 38, 10), Prochiron VII, 7, vgl. aber l. 4 C. Just. 5, 4, l. 7 C. 5, 27, nov. Just. 22 und 89 und die S. 85 citirten Digestenstellen.

[2]) Man vgl. zu Modestin l. 4 § 7 D. 38, 10 die entsprechende Basilikenstelle (l. 2 B. 45, 3): Affines inter se locum ascendentium et descendentium obtinent; unde illicite inter se matrimonio copulantur; ebenso das Scholion Dorothei zu dieser Stelle. In l. 1 B. 28, 5 und in Theophili par. Inst. I, 10 § 6 (ed. Ferrini, p. 46) wird wie in den Institutionen die Ehe veneratione affinitatis (respectus affin.) verboten, zugleich aber die Fiction des loco esse stets erwähnt und wiederholt betont, dass dieselbe für das Erbrecht keine Geltung habe: Schol. 4 ad l. 2 Bas. 45, 3, l. 7 Bas. h. t., l. 52 Bas. 45, 1 (l. 1 C. Just. 6, 18, l. 7 C. 6, 59, l. 3 C. 8, 2.).

gent.) ihre frühere Bedeutung (S. 73, 75 fg.) und findet sich nur noch dem Sinne nach als Gegensatz von natura et lege indignum scelus (incestum natura cognitum) zu dem, was lege tantum prohibitum est, festgehalten [1]; die Auffassung des justinianischen Rechts endlich, welche der Affinität nur von Fall zu Fall und nie derselben als allgemeinem Begriffe, sondern stets mit bestimmter Gradbegrenzung rechtliche Wirksamkeit zuschreibt (vgl. oben S. 59, 61 fg.) wird im byzantinischen Rechte nicht mehr vertreten, auch nicht für jene speciellen Verhältnisse, bei denen nur rechtliche Erwägungen früher die Anerkennung von Affinitätswirkungen bewirkt hatten [2]). Das ethische Moment erscheint in den Vordergrund gestellt, und die Affinität trotz ihrer künstlich construirten Rechtsgrundlage als ganz allgemeiner Verwandtschaftsbegriff beurtheilt und mit juristischer Relevanz ausgestattet. In Uebereinstimmung mit dieser principiellen Beurtheilung gebrauchen die byzantinischen Rechtsquellen auch nicht mehr den Ausdruck affinitas zur Bezeichnung der zwischen conjuges oder sponsi bestehenden Personenbeziehung, obwohl dieselbe als Quelle von Affinitätswirkungen anerkannt wird [3]).

Die Eheverbote wegen eigentlicher Affinität werden im byzantinischen Rechte in der durch die justinianische Codification

---

[1]) l. 39 Bas. 60, 37 (l. 38 § 2 D. 48, 5). Das Schol. Dorothei zu dieser Stelle steht der älteren Auffassung noch näher, ebenso das Scholion ad Nov. Just. 12. c. 1 (epit. Juliani, ed. Haenel, Lips. 1873 p. 183). Die Bestimmungen bezüglich des error iuris erscheinen beibehalten. Sonst wird der genannte Unterschied grösstentheils gar nicht mehr erwähnt. Vgl. jedoch l. 34 Bas. 28, 5, wo derselbe mit der Scheidung in nuptiae nefariae und prohibitae (— qui ex latere cognati vel propter affinitatem prohibentur) identificirt ist. Hiezu oben S. 74.

[2]) So sagt das Schol. 4 (Anonymi) ad c. 7 Bas. 45, 3 (l. 10 D. 38, 10) betr. der lex Julia de publ. iud.: Non generaliter ut hic sed nominatim et gradibus hanc legem circumscripsit lib. 22 tit. 5. dig. 4 (vgl. S. 49, 51).

[3]) Hiezu oben S. 30, 50, 61. Mit den dort citirten Digestenstellen vgl. man die entsprechenden: l. 8 Bas. 24, 1, l. 38 Bas. 23, 3. l. 79 Bas. 29, 1, besonders l. 15 Bas. 28, 3 (l. 15 C. 5, 3), wo überall der Ausdruck adfinitas ersetzt oder vermieden wird. Vgl. Zhishman, a. a. O. S. 295.

normirten Ausdehnung acceptirt [1]). Die strengere kirchliche Praxis, welche in den Kanones (23, 78, 79, 87) des Basilius, in verschiedenen Synodalnormen (c. 2 syn. Neocaesar. ao. 314, can. apost. 19) und endlich im 54. trull. Kanon zum Ausdrucke kam, hat in der weltlichen Gesetzgebung insoferne schon in dieser Periode Berücksichtigung gefunden, als die Eingehung der kirchlich verbotenen Ehen den strengen Inceststrafen unterstellt wurde [2]), während nach justinianischem Rechte (l. 39 § 6 D. 48, 5, vgl. nov. Just. 12 c. 2, 3) die Lösung der verbotenen Verbindung Nachsicht der Strafe bewirkt hatte.

Für die verschiedenen uneigentlichen Affinitätsbegriffe des justinianischen Rechts erscheint im Allgemeinen die dort construirte juristische Begründung, somit der Character der Quasiaffinität derselben beibehalten. Es wird das Vorhandensein wahrer Affinitätsbeziehungen fingirt. Dies gilt ebenso für die durch Adoption geschaffenen verwandtschaftlichen Beziehungen [3]), wie für Affinitätsverhältnisse des libertus [4]). Die auf Concubinat und Contubernium beruhende, früher als nachgebildete Affinität behandelte Verwandtschaft wird jedoch nunmehr, entsprechend der durch kirchlichen Einfluss geänderten Beurtheilung dieser ausserehelichen Geschlechtverbindungen [5]), der

[1]) Ekloga, II, 2, Prochiron VII, 7, 12 13, Epanagoge, XVII, 9, 13, l. 1 Bas. 28, 5, l. 1, 2 Bas. 45, 3. Das Verbot der Ehe mit der Schwägerin ist nur in das erstgenannte Gesetzbuch ausdrücklich aufgenommen.

[2]) Der 59. trull. Kanon erscheint in ergänzter Form in die Ekloga II, 2 (vgl. jedoch auch ib. XVII, 37), in das Prochiron XXXIX, 69, 72 299, in die Epanagoge XVII, 7 und in die Basiliken (l. 1 B. 28, 5) aufgenommen, jedoch ist er nur als strafrechtliche Bestimmung in obigem Sinne, nicht als Eheverbot wiedergegeben. Hiebei wird die ausserehelichе Geschlechtsverbindung der Ehe gleichgestellt.

[3]) l. 2 Bas. 28, 5, cf. l. 2 Bas. 45, 3, Prochiron VII, 10, 23, Theophili paraph. Inst. I, 10 § 5, ed. Ferrini p. 45.

[4]) l. 9, 31 Bas. 28, 5, l. 2 Bas. 45, 3, Prochiron VII, 20, Theoph. p. 47.

[5]) l. 5 Bas. 45, 3, l. 2, 15 Bas. 28, 5 Prochiron VII, 11, 17. Die Sätze der justin. Codification: l. 8, 56 D. 23, 2, l. 4 C. J. 5, 4, § 10 Inst. 1, 10 (vgl. S. 85) sind in die byzantinischen Rechtsquellen nicht übergegangen. Sie waren durch die spätere Gesetzgebung, welche das Concubinat als solches verbot, das Contubernium aber als Ehe anerkannte, überflüssig

eigentlichen Affinität gleichgestellt und wie diese mit dem Hinweise auf die ethische und sociale Unzulässigkeit ehelicher Verbindungen innerhalb derselben, auf Grund des ius naturale et quid honestum est, als ehehindernd erklärt. Die byzantinischen Quellen haben endlich auch die zwei exceptionellen Eheverbote beibehalten, welche durch die extensive Interpretation der vorjustinianischen Jurisprudenz aufgestellt worden waren [1]) und dort nur durch Annahme einer Analogie zum eigentlichen Affinitätsbegriffe sich rechtlich rechtfertigen lassen: nämlich das Verbot der Ehe mit den Descendenten des geschiedenen Gatten aus nachfolgender Ehe (soboles ex secundis nuptiis) [2]), sowie das Ehehindernis gegenüber den Gatten der Stiefverwandten, also gegenüber Affinen der Affinen (affinitas secundi generis) [3]). Die Begründung dieser Eheverbote erfolgt auch im byzantinischen Rechte meist mit dem Hinweise auf das Erfordernis der honestas matrimonii.

Ueberblicken wir nun die bisher skizzirte Verlöbnis- und Affinitätslehre der byzantinischen Jurisprudenz, so finden wir in der Entwicklung derselben kein Moment enthalten, das der Uebernahme jener Lehre entgegengestanden wäre, welche das alte Recht und die klassischen Juristen für die Wechselbeziehung von Verlöbnis und Verwandschaft, für die Sponsalaffinität aufgestellt hatten. Wohl aber bahnte sich unter dem Einflusse der von der Kirche vertretenen energischen Betonung des Verlöbnisactes und der Bedeutung der dadurch begründeten Per-

---

geworden. Schon Justinians Novellengesetzgebung (nov. 12, 22, 74, 89, 117) hatte in ersterer Hinsicht eine wesentliche Aenderung hervorgerufen und namentlich die schon durch l. 24 D. 23, 2 gegebene Vermutung zu Gunsten der Ehe sanctionirt; vgl. Zachariae, a. a. O. S. 58, 60. Zhishman, a. a. O. S. 171, 366.

[1]) Vgl. oben S. 68, 84.

[2]) Theophil. par. Inst. I, 10 § 9, Prochiron, VII, 9, l. 1 in fine Bas. 28, 5. Zhishman, a. a. O. S. 372.

[3]) l. 3 Bas. 28, 5 (l. 15 D. 23, 2). Prochiron, VII, 14, Epanagoge, XVII, 11, 12. Nach Zhishman, a. a. O. S. 351 ist auch die oriental. Kirche über diesen ersten Grad der τριγένεια in dieser Periode nicht hinausgegangen.

sonenbeziehung eine Entwicklung an, welche zu einer intensiveren Ausbildung des Begriffes der Sponsalaffinität führen musste, sobald das weltliche Recht die kirchliche Beurtheilung der Sponsalien acceptirte.

33. Schon die byzantinischen Rechtsquellen dieser Periode lassen die Anfänge der bezeichneten Entwicklung unserer Detailfrage deutlich erkennen. Sie behalten nämlich nicht nur den Begriff der Sponsalaffinität im Allgemeinen bei, sondern weisen in allerdings noch vereinzelten Rechtssätzen auch eine nähere Präcisirung, ja sogar eine Erweiterung seiner rechtlichen Wirksamkeit auf. Dies gilt jedoch nur bezüglich der ehehindernden Wirkung, welche von nun an als praktisch wichtigster, daher hauptsächlichster Effect der Sponsalaffinität in den Vordergrund tritt. Jene anderweitige Gleichstellung von sponsi und conjuges, welche im alten Rechte ebenfalls auf der Beizählung dieser Personen zu den Affinen beruhte, erfolgt nunmehr, wie schon in der letzten Periode des vorjustinianischen Rechtes, von einem rein juristischen Gesichtspunkte aus, der in der Betonung des analogen und fast correlativen Charakters des rechtlichen Verlobungs- und Eheschliessungsaktes gegeben war. Aber auch hiebei wird, wie aus dem Texte der schon citirten Scholien [1]) hervorgeht, das Moment der Fiction, welches in einer solchen Beurtheilung des Verlöbnisses bezw. in einer derartigen Ausdehnung der Wirkungen desselben liegt, ausdrücklich hervorgehoben. Noch mehr geschieht dies aber bei der Motivirung des aus der Sponsalaffinität abgeleiteten Eheverbotes. Umgekehrt erscheint das letztere nun öfters zur Begründung jener Beurtheilung des Verlöbnisses und der Gleichbehandlung von sponsi und conjuges benützt [2]).

Was zunächst die quellenmässige Grundlage des Eheverbots wegen Sponsalaffinität im byzantinischen Rechte betrifft, so ist dieselbe in dieser Periode im Verhältnisse zu der im vorjustinianischen Rechte gegebenen eine breitere geworden.

[1]) Vgl. oben S. 101 Anm. 2.

[2]) Vgl. insbes. das vermutlich von Julian herrührende Scholion ad c. 5 Bas. 21, 1 (= l. 5 D. 22, 5); oben S. 101 A. 2.

Bis zu den ersten Codificationsversuchen der Gesetzgebung nach Justinian beruhen allerdings die zerstreut sich vorfindenden Normen lediglich auf der Aufnahme einschlägiger Bestimmungen aus Ulpian und Paulus in die Digesten Justinians (die erörterten l. 12 § 1, 2 und l. 14 § 4 i. f. D. 23, 2) und auf der Erwähnung der auch von Ulpian angezogenen Ansicht Julians im Liber I. Tit. X de nuptiis der justinianischen Institutionen [1]). Eine allgemeine Verbindung zwischen jenen Eheverboten, welche die Interpretation der klassischen Jurisprudenz geschaffen hatte, und der Doctrin der justinianischen Rechtsperiode erscheint annähernd dadurch hergestellt, dass die von Justinian aufgenommene Constitution Diocletians und Maximians über unerlaubte Ehen [2]) die nicht näher angeführten Eheverbote des alten Rechts einfach summarisch bestätigt hatte. In der späteren byzantinischen Gesetzgebung wird diese Constitution nirgends mehr berücksichtigt. An die genannten Normen schliesst sich die ganze Interpretation der byzantinischen Juristen und damit grösstentheils auch die spätere Gesetzgebung von der Ekloga des Leo Isaurus bis zu den Basiliken Leo's des Weisen an.

Infolge der eminent praktischen Bedeutung der Institutionen Justinians hat der dort aufgenommene Passus aus Julian (§ 9 J. 1, 10) grösseren Einfluss auf die Entwicklung unserer Lehre gewonnen, als die genannten Digestenstellen. Dadurch erklärt sich wohl auch, dass die Basiliken und die einschlägigen Scholien das auf dieselbe Quelle zurückgehende, äusserlich nicht wesentlich verschieden scheinende Dictum Ulpians gewöhnlich mit jener Institutionenstelle verarbeiten oder gar nicht ausdrücklich anführen [3]), während das Dictum

[1]) Hiezu oben S. 64 fg.

[2]) Coll. VI, 4, 5 u. l. 17 C. 5, 4. In den Basiliken ist sie nicht erwähnt. Aus dem Wortlaute der Constitution scheint hervorzugehen, dass der Gesetzgeber insbesondere die nicht erwähnten Ehehindernisse wegen Affinität im Auge hatte: itemque ex adfinibus privigna noverca nuru socru ceterisque quae iure antiquo prohibentur: a quibus cunctos volumus abstinere.

[3]) Die einzigen Citate finden sich in den Scholien Anonymi ad l. 4 Bas. 29, 6 (l. 4 D. 23, 5) und ad l. 5 Bas. 21, 1 (oben S. 101 A. 2).

des Paulus (l. 14 § 4 D. 23, 2) stets erwähnt wird. Die anderen byzantinischen Gesetzbücher enthalten meist nur summarische Bestimmungen über das betreffende Eheverbot. Die citirte Institutionenstelle geht, wie dieselbe selbst besagt, auf Julians Lehrmeinung zurück [1]). Demzufolge ist auch die von diesem Juristen zuerst in das Recht eingeführte Begründung des Eheverbots mit der honestas matrimonii in den Text der Institutionen Justinians übergegangen und damit für die spätere Motivirung der ehehindernden Wirkung der Sponsalaffinität dort massgebend geblieben, wo dieses Lehrbuch entscheidenden Einfluss gewann, nämlich im praktischen Rechtsleben. Diese Begründung des Verbots und die Betonung des ethischen Momentes lag eben dem Geiste der damaligen Praxis, wenn auch nicht jenem der Jurisprudenz näher, als die feine Construction der Lehre eines klassischen Juristen wie Ulpian.

34. Den besten Beweis hiefür bietet Theophils Paraphrase zu den Institutionen, die für die Interpretation letzterer um so competenter ist, als ihr Autor bei der Compilation derselben mitthätig war [2]). Wir müssen ihr ferner auch darum besonderes Gewicht beilegen, weil diese Ueberarbeitung, wie gesagt, in der Praxis zu ausschliesslicher Autorität gelangt ist. Die von Theophil gegebene Interpretation zum einschlägigen Institutionenpassus [3]) lässt die in diesem angedeuteten Haupt-

[1]) Es lässt sich nicht entscheiden, ob die Compilatoren der Institutionen Tribonian, Theophil und Dorotheus hier direct auf Julians Digesten zurückgegriffen haben oder nur ein Citat Ulpians interpolirten, da dieser im Oriente besonders benützt wurde (vgl. Puchta, a. a. O. I. S. 369 n. b, 397 n. v**). Ersteres erscheint wahrscheinlicher, besonders wenn man die gebrauchte subjective Redewendung beachtet. Unwahrscheinlich ist jedoch, dass diese Stelle schon bei Gaius, dem der Institutionentext auch in diesem Titel hauptsächlich entnommen ist, stand. In den Institutionen des Gaius (I, 59) fehlt überhaupt jede Andeutung für ein Ehehindernis wegen Sponsalaffinität. Vgl. hiezu oben S. 51, 67, 92.

[2]) Puchta, a. a. O. I. S. 379. Zachariae in Zschr. d. Sav. Stift. X. rom. Abth. S. 285 fg.

[3]) Ad § 9 Inst. 1, 10, ed. Ferrini p. 46 al. 20: Uxor mea cum divortium a me fecisset, alteri viro nupta est, ex quo filiam habuit. Quaeritur, an filiam ex ea natam uxorem ducere possim? Et ait (Julianus)

momente der Lehre noch präciser hervortreten: zunächst der Satz, dass nuptiis non secutis keine Affinität vorliege, daher nach der eigentlichen Affinitätslehre bei blosser Verlobung noch kein Verbot bestehe; sodann Misbilligung der Ehe um des guten Anstandes willen. Die rechtliche Begründung mit der Fiction des Servius und dem Begriffe der Sponsalaffinität oder mit der Gleichstellung von sponsalia und matrimonium erscheint gar nicht erwähnt, ja in gewissem Sinne (vgl. oben S. 65) abgelehnt [1]). Das Verbot wird nur auf die Autorität Julians gestützt, andere Belegestellen führt Theophil, der genau dem Institutionentexte folgt, nicht an. Vorhergehendes

---

illam quidem privignam meam non esse, cum illa privigna sit quae ante nuptias meas sit procreata; sed honestius esse eiusmodi nuptiis me abstinere (πλὴν διὰ τὸ εὐπρεπὲς ἀπέχεσθαι δεῖ με τῆς πρὸς αὐτὴν συναφείας). Nam et sponsa filii mei nurus mihi non est facta, cum nuptiae non fuerint secutae; neque patris mei sponsa noverca mihi facta est, nuptiis non secutis, ita ut quod ad ea, quae in superioribus sunt proposita, eas uxores ducere possim; sed hic quoque honestatis ergo hortatur nos Julianus eiusmodi nuptiis abstinere (καὶ γὰρ ἡ γενομένη μνηστὴ τοῦ ἐμοῦ παιδὸς οὐ γέγονέ μου νύμφη, γάμου μὴ παρακολουθήσαντος, οὐδὲ ἡ τοῦ πατρός μου μνηστὴ γέγονέ μου μητρυιὰ τῶν γάμων ἐμποδισθέντων. Καί, ὅσον ἐκ τῶν εἰρημένων ἠδυνάμην ταύτην λαμβάνειν πρὸς γάμον, ἀλλὰ κἀνταῦθα διὰ τὸ εὐπρεπὲς ἐπαινεῖ ἡμᾶς Ἰουλιανὸς τοῖς τοιούτοις μὴ προσιόντας γάμοις). Die lat. Uebersetzung Ferrini's (Berlin, 1884) ist, wie man sieht, nicht vollständig genau. Ein mir noch vorliegender Druck (ed. Jac. Curtius Brug. Lugd. 1558, p. 51) hat die Worte: Jul. propter honestatem rectius nos et iure facturos tradit, si ad has et tales nuptias non accesserimus. Zhishman a. a. O. S. 395 berücksichtigt Theophils Paraphrase gar nicht.

[1]) Wenn Heimbach in seinem Manuale Basilicorum (edit. Bas. T. VI, p. 219) auch das Scholion zu l. 1 Bas. 28, 5 auf Theophil zurückführt (vgl. die in den Osservanda, ib. p. 218 gemachte Bemerkung), so stimmt dies nicht mit dem Texte der Institutionenparaphrase dieses Juristen. Denn das cit. Scholion nimmt, wie noch bemerkt werden wird, uneigentliche Affinität an, während Theophil jede Affinitätsbeziehung direct ausschliesst. Dasselbe dürfte also von einem andern Interpreten der Institutionen (Isidorus od. Dorotheus) herrühren; weniger wahrscheinlich ist, dass es aus der nur stückweisen Digestenparaphrase jenes Juristen stammt. Hiezu unten S. 120 u. A. 2 ebd.

Brautverhältnis mit Verwandten des andern Theiles wird somit, wie bei Julian, nicht als wirkliches, die Trennung der Verbindung nach sich ziehendes Ehehindernis betrachtet, sondern als ein nur die Ehrbarkeit der Ehe beeinträchtigendes ethisches Moment, dessen Beachtung empfohlen wird. Die Ausdehnung des Ehehindernisses ist dieselbe wie in den Institutionen [1]). Der in der citirten Digestenstelle des Paulus berührte Fall wird von Theophil nicht berücksichtigt. Seine Paraphrase gibt eben nur die betreffenden Sätze der Institutionen wieder, daher erscheint auch das Verbot der Ehe mit der soboles ex secundis nuptiis mit demselben Gedankengange wie in jenen angeführt. Neu ist nur, dass Theophil beide Eheverbote ausdrücklich unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt bringt und die Motivirung derselben (gegenüber der vagen Begründung Julians) mit dem directen Hinweise auf das von Modestin aufgestellte Moment der honestas (τὸ εὐπρεπές), das nunmehr zum technischen Begriffe sich auszubilden beginnt, formulirt.

35. Während nach dem Gesagten Theophil die Rücksicht auf die Sitte als massgebendes Motiv dieses Eheverbots betont, halten wiederum jene byzantinischen Juristen, welche die Digesten paraphrasirten, an dem dort vertretenen Begriffe der Sponsalaffinität und an der darauf basirten fictiven Construction des Eheverbots fest. Diese Jurisprudenz, die uns aus den Scholien zu den Basiliken entgegentritt, zeigt überhaupt keinen selbständigen Charakter mehr; sie klammert sich ängstlich an den Text der justinianischen Gesetzesstellen und nur wenige Bemerkungen beweisen kritischen Geist oder lassen den schüchternen Versuch einer Fortbildung des Rechts erkennen. Einschlägige Scholien zur Lehre von der Sponsalaffinität finden sich fast nur zu jenen Sätzen der Basiliken, die den im ersten Abschnitte citirten Digestenstellen entsprechen. In der Regel haben sie nur den Zweck, den Text der Basiliken, die an und für sich bloss justinianisches Recht im Anschlusse an die Codification Justinians reproduciren, mit dem einfach paraphra-

[1]) Es sind nach dem oben S. 71 befindlichen Schema nur die Ehen a + d und g + a verboten.

sirten Texte letzterer zu ergänzen, der in den Arbeiten der byzantinischen Juristen enthalten war. Manche Scholien zwar sind wirklich erläuternde Anmerkungen zum Digestentexte, so dass aus ihnen auf den Stand der Lehre in der byzantinischen Jurisprudenz geschlossen werden kann; aber nur wenige Scholien bieten Anhaltspunkte dafür, dass die altrömische Lehre eine wesentliche Veränderung erfahren hätte oder dass in dieser Periode eine Annäherung an die kirchliche Auffassung und Begründung erfolgt wäre. Hiebei muss noch dazu immer darauf Rücksicht genommen werden, dass in beiden Fällen die constatirbare Veränderung erst durch eine spätere Ueberarbeitung des Scholions entstanden sein kann.

Die betreffenden einzelnen Scholien stammen, wie überhaupt die meisten zu den Digesten, vorwiegend aus den über letztere verfassten Summae des Stefanus und Anonymus, sowie aus der Paraphrase des Dorotheus [1]). Sie referiren gewöhnlich nur den Satz des Servius in mehr oder weniger ähnlicher Form wie die Digesten [2]). Einzelne davon [3]) bringen denselben in Verbindung mit der oben erörterten Codexstelle (l. 5 C. 6, 61), andere heben den Fictionscharakter desselben besonders hervor und verweisen auf analoge Sätze des justinianischen Rechts, namentlich auf das Eheverbot wegen Sponsalaffinität, das bald als Motiv, bald als Folge jener Fiction hingestellt

---

[1]) Nur der letztere der genannten lebte noch unter Justinian, die zwei ersteren lehrten unter seinem Nachfolger Justin. Darüber vgl. Zachariae, griech. röm. Rg. S. 5 fg.

[2]) Ausser den oben S. 101 Anm. 2 und unten S. 119 fg. abgedruckten Scholien gilt dies von Schol. 1 (Isidorus od. Dorotheus) ad l. 4 Bas. 21 ,1 (Gaius l. 4 D. 22, 5), Schol. Dorothei ad l. 4 Bas. 45, 3 (Ulpian in l. 6 § 1 D. 38, 10) und ad l. 6 ib. (Pomponius in l. 8 D. eod.), Schol. Anonymi ad l. 3 Bas. 60, 41 (Marcian in l. 4 D. 48, 9).

[3]) So die ersten 3 in vorhergehender Note genannten Scholien, ferner die Paraphrase des Dorotheus zum cit. Dictum des Pomponius: Servius etiam recte dicebat, appellationem soceri et socrus, et generi et nurus incipere ex ipsis sponsalibus. Unde nomine viri et uxoris continentur etiam sponsi, ut lib. 6 codicis tit. 61 const. 5. Diese und ähnliche Redewendungen werden uns auffallenderweise auch in den Werken der lat. Kirchenväter öfters begegnen.

wird. Man gewinnt bei der Prüfung dieser verschiedenen Aeusserungen der byzantinischen Jurisprudenz im Allgemeinen den Eindruck, dass die von ihr vertretene Lehre von der Sponsalaffinität äusserlich wenig von der des justinianischen Rechts abweicht. Insoferne aber kommt eine innere Umgestaltung letzterer in den Schriften der byzantinischen Juristen zum Ausdruck, als das durch den Satz des Servius in das Recht eingeführte, zur Begründung der dem Verlöbnisse eingeräumten Affinitätswirkungen aufgestellte fictive Moment nunmehr besonders in den Vordergrund gestellt wird. Im Anschlusse an die Form, in welcher der genannte Satz durch Pomponius lib. 1 Ench. gebracht wurde und in die Digesten (l. 8 D. 38, 10) übergieng, erscheint namentlich betont, dass nur die formelle Bezeichnung der einzelnen Affinen auch auf die sponsi und deren Verwandte ausgedehnt [1]) und abusive dafür gebraucht werde, dass aber in Wirklichkeit, materiell nur ein der wahren Schwägerschaft nachgebildeter, also uneigentlicher Affinitätsbegriff vorliege, aus dem das Recht allerdings in gewissen Beziehungen analoge Wirkungen ableite. Den markantesten Ausdruck findet diese Auffassung in einem Scholion 2. des Anonymus zu l. 4 Bas. 29, 6 (l. 4 D. 23, 5, vgl. oben S. 38, 49, 105), welche das auf den Verlobten ausgedehnte Veräusserungsverbot des fundus dotalis in der von Gaius referirten Form wiedergibt. Dieses Scholion ist so charakteristisch für den damaligen Stand

[1]) Vgl. besonders den Beginn des S. 101 Anm. 2 citirten Scholions Enantiophanis, das sicher überarbeitet ist, ferner den dort angefügten Zusatz: In testimonio dicendo sponsus gener dicitur: in capiendo autem hypobolo gener non videtur. Schol. ad l. 3 Bas. 60, 41: Gener dicitur etiam filiae sponsus. Hier scheint man sich schon auf einen allgemeinen Sprachgebrauch, der ja auch uns nicht ganz fremd ist, zu stützen. Vgl. die späteren Aussprüche in der lat. u. griech. Patrologie. — Die Gegenüberstellung von socer, socrus und sponsa filii, sponsus filiae in den Schol. Theodori ad l. 9, 12 Bas. 28, 3 (l. l. 9, 12 C. 5, 3) hat nur in einer ähnlichen ungenauen Ausdrucksweise ihren Grund und berührt unsere Lehre nur insoferne, als hier maritus vel sponsus, sponsa filii und nurus, sponsus filiae und gener bez. der Giltigkeit der Schenkungen seitens der Schwiegereltern gleichgestellt werden.

der Lehre, dass ich mir nicht versagen kann, es in extenso in den Text aufzunehmen: Nam et sponsi abusive dicuntur vir et uxor. Proprie enim post matrimonium dicitur vir et uxor, ut lib. 6 codicis tit. 61 const. 5. Dicit etiam lib. 38 tit. 10 dig. 8: ex ipsis sponsalibus incipere nomen soceri et socrus et generi et nurus. Haec autem non proprie dici, didicisti tit. 2 huius lib. dig. 12 them. 2. Das ist vollständig die Lehre Ulpians, dessen Dictum über Sponsalaffinität hier wie in dem oben S. 101 Anm. 2 abgedruckten Scholion interpolirt erscheint. Auf ihren Einfluss, der infolge des den Schriften Ulpians im Oriente beigelegten Ansehens sicher massgebend war, ist es also jedenfalls zurückzuführen, dass auch die Begründung der aus der Sponsalaffinität abgeleiteten Eheverbote in l. 1 Bas. 28, 5 und den dazu gehörigen Scholien nicht im Sinne Julians erfolgt, sondern dass die entsprechenden Sätze zwar den Institutionen entnommen, aber im Sinne der von Ulpian vertretenen Lehre und Begründung modificirt und interpretirt werden. Letztere hat hiebei nur an Klarheit gewonnen. So wird in den Basiliken die der Motivirung Ulpians zu Grunde liegende Fiction des Servius in der bekannten für solche Constructionen des römischen Rechtes technischen Ausdrucksweise[1]) wiedergegeben: Patris aut fratris mei[2]) sponsam ducere non possum, licet non fuerint eorum uxores; nam illa quidem novercae[3]), haec vero nurus locum obtinet. Rechtliche Grundlage des Eheverbots ist somit fingirte Affinität.

36. Dieses zähe Festhalten an einer so künstlich construirten Detaillehre und Begründung des Eheverbotes der Sponsalaffinität und an und für sich schon die Beibehaltung dieses Verbotes allein legt die Vermuthung nahe, dass noch andere massgebendere Factoren hiebei mitgewirkt haben, als der blosse Umstand, dass die justinianischen Codificationen einzelne (drei) Sätze

---

[1]) Hiezu oben S. 28 Anm. 1 u. S. 90.

[2]) Hiezu S. 86 Anm. 1 und das Scholion S. 101 Anm. 2.

[3]) Schol. 11 ad l. 1 Bas. 28, 5 (§ 9 J. 1, 10) bemerkt hiezu: Hoc est: licet proprie noverca mea non sit, matrimonio quippe inter eam et patrem nostrum non secuto. Vgl. S. 116 Anm. 1.

hierüber enthielten. An dem Bestande dieses Eheverbotes hatte vor allem die Kirche Interesse, denn sie trat, wie schon einmal angedeutet, für eine grössere Betonung des Verlöbnisses und der verwandtschaftlichen Beziehungen ein. Ich erinnere nur an die oben S. 103, 111 berührten Entscheidungen der orientalischen Kirche auf dem trull. Concil (692). Ihr Einfluss im praktischen Rechtsleben bei Beurtheilung der ethischen Zulässigkeit einer ehelichen Verbindung mag zu jener Zeit sehr entscheidend gewesen sein, es hatte ja schon Justinian, wie wir hören werden, vorübergehend eine Mitwirkung der Kirche in diesem Sinne gesetzlich sanctionirt. Eine Folge dieses Einflusses kirchlicher Anschauung sind sicher die Versuche der Jurisprudenz, die ehehindernde Wirkung der Sponsalaffinität auszudehnen. Einen directen Beweis hiefür bietet uns ein sehr bemerkenswerthes Scholion des Stefanus oder Anonymus (Enantiophanes?) ad l. 2 Bas. 28, 5 (Paulus l. 14 § 4 D. 23, 2), welches somit noch der justinianischen Rechtsschule entstammen dürfte [1]). In demselben wird der Versuch gemacht, das Ehehindernis der Sponsalaffinität bis auf den dritten Grad zu erweitern [consobrina sponsae quondam meae, nach dem S. 71 gegebenen Schema die Ehe zwischen b (sponsus) und dem Kinde der f als Geschwisterkind der a (sponsa)]. Der Verfasser des Scholion

[1]) Der Text, der bei Zhishman, a. a. O. S. 361 Anm. 2 infolge eines Homöoteleuton sinnstörend wiedergegeben ist, lautet: Ἔστιν ἐντεῦθεν εἰπεῖν, ὅτι οὐδὲ τὴν ἀνεψιὰν τῆς ποτέ μου μνηστῆς γέγονε γὰρ κἀμοῦ ἀνεψιά. ἀρ' οὖν τὴν ἰδίαν ἀνεψιὰν οὐ λαμβάνω, οὐδὲ τὴν τῆς γαμετῆς; ἆρα οὐδὲ τὴν τῆς μνηστῆς: τῆς γὰρ φύσεως, ὡς φησιν ὁ ἅγιος καὶ μέγας Βασίλειος, πάλαι διακρινάσης τὰς τοῦ γένους προσηγορίας, αἰσχρόν ἐστι, τὴν ἀνεψιὰν γαμετὴν κληθῆναι. Von Heimbach, ed. III, p. 201 (nach Fabrot's Vorlage) übersetzt mit: Hinc dici potest, ne consobrinam quidem sponsae quondam meae me ducere posse: fuit enim etiam mea consobrina. Num ergo propriam consobrinam ducere non possum; nec uxoris consobrinam? Num nec sponsae consobrinam? Nam cum natura, ut sanctus et magnus Basilius ait, olim discreverit generis appellationes, turpe est, consobrinam appellari uxorem. Für eine später erfolgte Umarbeitung dieses Scholions liegt kein Anzeichen vor. Sie ist unwahrscheinlich, weil man dann sicher auch die späteren einschlägigen Normen interpolirt hätte.

beruft sich ausdrücklich auf die Autorität des Basilius, dessen 87. Kanon bekanntlich für die Affinitätslehre der orientalischen Kirche massgebend geworden ist (vgl. oben S. 111). Der Gedankengang der Stelle ist sehr einfach: fuit enim etiam mea consobrina — turpe est consobrinam appellari uxorem. Dass es sich hier, wie Zhishman (a. a. O. S. 361) annimmt, nur um kirchlich eingesegnete Verlöbnisse handle, ist wahrscheinlich, geht aber m. E. nicht aus der Stelle hervor. Man wollte offenbar die kirchliche Auffassung auch im weltlichen Rechte zur Geltung bringen; der Begründung bedurfte hiebei, wie das Scholion zeigt, nur ein so weitgehendes Eheverbot in der eigentlichen Affinität [1]), nicht die Gleichstellung der Sponsalaffinität mit letzterer. Diese Gleichstellung erfolgte einfach mit der oben erwähnten, schon im Prochiron befindlichen Fiction, welche jede Schwierigkeit behob und die mangelnde rechtliche Construction ersetzte.

37. In dieser Weise erklärt sich ferner die für die weitere Entwicklung massgebend gewesene Thatsache, dass in den byzantinischen Codificationsversuchen des achten und neunten Jahrhunderts und in deren privaten Ueberarbeitungen bis zur Redaction der Basiliken unser Eheverbot nicht nur aufgenommen, sondern präcis formulirt, verändert und erweitert erscheint. Hiebei macht nur die Ekloga [2]) des Kaisers Leo Isaurus (740) eine Ausnahme, ein Gesetzbuch, welches überhaupt vielfache Abweichungen vom justinianischen Eherechte aufweist, und, wie Zhishman a. a. O. S. 53 mit Recht vermuthet, sichtlich unter fremdem Einflusse verfasst sein dürfte. Dasselbe macht in II, 2 nur die Bemerkung, dass Eheverbote wegen Verwandtschaft auch den giltigen Abschluss eines blossen Verlöbnisses zwischen den betreffenden Personen hindern, erwähnt jedoch die Spon-

[1]) Das justinianische Recht kannte kein Eheverbot mit der consobrina der Frau. Vgl. l. 4 § 7 D. 38, 10 (l. 2 Bas. 45, 3), welches sich nur auf die gerade Linie der Affinität bezieht.

[2]) Zachariae, Collectio libr. ined. JGR Lips. 1852; neueste Ausgabe: Momferrat, Athen 1889. Vgl. die Bemerkung von Zhishman a. a. O. S. 53, wonach die späteren byzantinischen Gesetzbücher die Ekloga verwarfen. Trotzdem sei dieselbe lang in Praxis geblieben.

salaffinität an keinem Orte. Dagegen enthält das Prochiron (ὁ πρόχειρος νόμος, ao. 870) in VII, 10 [1]) eine besondere Bestimmung, welche die Eheverbote wegen Sponsalaffinität zusammenfasst, erweitert und begründet. Zunächst ist in einer Fassung, welche an Theophils Institutionenparaphrase erinnert, die Ehe mit der sponsa patris, sodann aber nicht jene mit der sponsa filii, sondern jene mit der sponsa fratris verboten. Diese textliche Aenderung, welche nur der Ausdehnung des Eheverbots wegen eigentlicher Affinität auf die Seitenlinie (vgl. S. 111 A. 1 u. Prochiron, XXXIX, 69, 72) entsprach, dürfte wahrscheinlich schon bei der durch Leo phil. erfolgten zweiten Redaction dieses Handbuches erfolgt sein. Dies scheint Zhishman (a. a. O. S. 359) anzunehmen, wenn er darauf hinweist, dass nicht die Basiliken allein diese Aenderungen des in den Institutionen und Digesten ausgesprochenen Verbots aufweisen. Ausserdem enthält schon die unmittelbar (ao. 884) nach dem Prochiron publicirte Epanagoge, XVII, 16, sowie sämmtliche späteren privaten Ueberarbeitungen dieser Codificationen denselben Text [2]). Zachariae, griech. röm. Rg. S. 66 n. 115, Heimbach, ed. Basilicorum III, p. 199 und Leunclavius (ed. Freher, cf. Vering, KR. S. 55) II. nehmen hier eine frühe Interpolation an. Auch eine solche liesse sich leicht erklären, denn dasselbe Kapitel (VII, 10) des Prochiron enthält unmittelbar darauf ein weiteres, analoges

[1]) Zachariae ed. (Ὁ πρόχειρος νόμος, imperatorum Basilii Constantini et Leonis Prochiron, Lips. 1834) p. 54: οὐδὲ τὴν τοῦ πατρός μου ἢ τοῦ ἀδελφοῦ μου μνηστὴν, κἂν γαμεταὶ αὐτῶν οὐ γεγόνασιν, ὥσπερ οὐδὲ τὴν αὐτοῦ ὁ αὐτεξούσιον ποιήσας αὐτὸν θετὸς πατήρ· ἡ μὲν γὰρ μητρυιᾶς, ἡ δὲ νύμφης τάξιν ἐπέχει. (Neque patris mei aut fratris mei sponsam, etiamsi illorum uxores factae non sint, uti nec sponsam filii adoptivi pater adoptivus, postquam hunc emancipavit: illa enim novercae, haec nurus locum obtinet).

[2]) Zhishman l. c. übergeht dies, da er nur die kirchlichen Quellen im Auge hat. Für das Civilrecht kommt ausserdem noch das S. 101 Anm. 2 citirte Scholion in Betracht, das dieselbe Version hat und sicher späteren Datums ist. Die sonstigen Scholien geben aber keinen Anhaltspunkt, dass schon vor dem Prochiron diese Aenderung des justinianischen Textes erfolgt sei. Bezüglich der späteren Civilrechtscompendien vgl. die Ausgabe Zachariae, JGR. IV, p. 232 squ.

Eheverbot gegenüber Adoptivverwandten, das wegen seiner unvermittelten Verbindung mit den vorausstehenden Verboten wegen Sponsalaffinität von der Jurisprudenz leicht auf letztere bezogen, d. h. als Verbot der Ehe zwischen Adoptivvater und der Braut des emancipirten Adoptivsohnes interpretirt werden konnte. Dann aber lag es nahe, im ersten Satze sponsa fratris für sponsa filii zu setzen, da das Verbot der Ehe mit letzterer sich von selbst aus dem Satze über die Adoptivverwandtschaft ergab. Auch Zachariae's lat. Uebersetzung des Prochiron [1]) und Zhishman (a. a. O. S. 372 u. Anm. 1) nehmen daher ein solches Eheverbot gegenüber der Braut des Adoptivsohnes an, was somit eine ausserordentliche Ausdehnung der Sponsalaffinität bedeuten würde. Dieser Interpretation der Prochironstelle kann ich nicht zustimmen. Zachariae's Uebersetzung deckt sich vor Allem nicht mit dem Originaltext der betreffenden Stelle, wie der einfache Vergleich (oben S. 122 Anm. 3) ergibt. In dem auf die Adoptivverwandtschaft bezüglichen Verbotssatze wird nämlich das Wort μνηστὴ (sponsa) gar nicht gebraucht, es heisst einfach: ὥσπερ οὐδὲ τὴν αὐτοῦ — πατήρ (uti nec eam illius — pater), wobei man allerdings μνηστὴν aus dem ersten Satze ergänzen kann, correcter aber und offenbar im Sinne des Gesetzgebers das unmittelbar vorausgehende γαμετὴν (uxorem) zu beziehen hat. Dass, wie in l. 14 § 1 D. 23, 2, die uxor filii adoptivi gemeint war, ergibt sich ferner mit Sicherheit daraus, dass derselbe Verbotssatz in gleicher Fassung, aber nur mit dieser Ergänzungsmöglichkeit in der Epanagoge, XVII, 22 wiederkehrt; dort ist er jedoch von der entsprechenden Stelle über Sponsalaffinität (c. 19 ib.) losgetrennt und mit dem Verbot der Ehe zwischen Adoptivsohn und Frau des Adoptivvaters (l. 14 pr. D. 23, 2, Proch. VII, 23, Epanagoge, XVII, 22) verbunden. Jeder Zweifel wird endlich durch l. 2 Bas. 28, 5 beseitigt, wo derselbe Satz im Sinne unserer Conjectur ergänzt erscheint: ὥσπερ οὐδὲ τὴν αὐτοῦ τοῦ υἱοῦ γαμετὴν — πατήρ (uti nec eiusdem filii uxorem — pater). Es handelt sich somit in Proch. VII, 10 nicht um ein so weitgehendes Eheverbot gegen-

[1]) Ὁ πρόχειρος νόμος, p. 54.

über den Verlobten von Adoptivverwandten [1]), sondern nur um eine unglückliche Verquickung des die Adoptivverwandtschaft betreffenden Digestenverbotes (l. 14 pr. § 1. D. 23, 2) mit dem aus Theophil (Institutionenstelle) oder dem Dictum Ulpians (l. 12, § 2 D. h. t.) übernommenen Eheverbote wegen Sponsalaffinität, wobei unter dem Streben nach Kürze die Deutlichkeit litt. Aus l. 14 pr. § 1. D. 23, 2 wurde auch die von Paulus gebrauchte Fiction des locum habere übernommen. Das l. 14 in fine D. 23, 2 stehende Verbot der Ehe mit der mater sponsae wird in Proch. VII, 13 mit dem Verbote gegenüber der socrus verbunden [2]).

Die hier wirr untereinander geworfenen Eheverbote sind in der Epanagoge mehr geordnet worden. Wie flüchtig und gedankenlos man aber auch hiebei zu Werke gieng, beweist, dass z. B. das Verbot der Ehe mit der sponsa patris doppelt vorkommt (XVII, 9 u. 16). Bei der oben erwähnten Ausscheidung des Verbots der Ehe mit der Frau des Adoptirten, welches mit c. 22 ib. verbunden wurde, liess man wiederum die Motivirung mit der cit. Fiction stehen, so dass dieselbe nun auch die Eheverbote wegen Sponsalalaffinität begründete. Dass der begründende Satz: illa enim novercae, haec nurus locum obtinet, wohl auf die sponsa patris,nicht aber auf die sponsa fratris passte, wurde vollends übersehen. Dieser Widerspruch bezw. die nunmehr unhaltbar gewordene Interpolation (fratris statt filii gieng auch in die Basiliken über, sowie in die späteren Ueberarbeitungen der civilrechtlichen Codificationen. Die Epanagoge, welche der Redaction der Basiliken unmittelbar vorangeht, hat somit in c. 9, 10, 16 die bisher genannten Eheverbote wegen Sponsalaffinität getrennt aufgenommen. Die Basiliken haben in l. 1 i. f. Bas. 28, 5 und l. 2 i. f. Bas. h. t.

---

[1]) Zachariae, griech. röm. Rg. p. 69 u. Anm. 131 scheint (entgegen seiner Uebersetzung der cit. Prochironstelle) dieses Eheverbot auch nicht mehr festzuhalten, da er in allen den genannten Quellenstellen nur mehr eine Wiederholung der justinianischen Normen sieht.

[2]) Zachariae, ed. p. 55: — λαμβάνω, οὐδὲ τὴν μητέρα τῆς ποτέ μου μνηστῆς γέγονε γὰρ πενθερά: duco — nec matrem sponsae quondam meae, socrus enim facta est.

dieselben einfach wiederholt. So erklärt es sich, dass wir auch in dieser definitiven Codification die Eheverbote wegen Sponsalaffinität wie jene gegenüber Affinen der Adoptivverwandten mit der gleichen Fiction illa — obtinet begründet finden.

38. Damit trat die in Theophils Institutionenparaphrase auf Grund des Dictums Julians noch vertretene Motivirung der Eheverbote wegen Sponsalaffinität von neuem in den Hintergrund. Das Moment der honestas matrimonii wird dagegen in den byzantinischen Gesetzbüchern nunmehr als allgemeine ethisch-sociale Grundlage der Eheverbote überhaupt hingestellt und die einschlägigen Sätze des Paulus (l. 14 § 2 D. 23, 2) und Modestin (l. 42 D. ib.) als generelle Regel behandelt. Schon die Scholien machen auf diese Sentenzen mit den Worten „nota regulam“ aufmerksam [1]) und in den späteren byzantinischen Gesetzbüchern nehmen dieselben vollständig den axiomartigen Charakter von regulae iuris an [2]). Der ständige Ausdruck für den Begriff der honestas publica ist hiebei τό εὐπρεπές, den wir schon bei Theophil gefunden haben und der nun auch ganz allgemein für die Bezeichnung des ethischen Momentes (pudor) benützt wird. In einer etwas erweiterten Fassung, welche diesen beiden Richtungen entspricht, kehren die Sätze des Modestin und Paulus in den Basiliken wieder [3]). Jede diese Grundsätze verletzende Verbindung wird als tadelnswerth und unschicklich (ἐφύβριστος-καὶ ἀπρεπής-μισητὴς γάμος = probrosum, indecorum, odiosum

[1]) Schol. 2 ad l. 15 Bas. 28, 5, Schol. 2 ad l. 24 Bas. h. t.

[2]) So Modestins Satz im Prochiron VII, 16: Ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπὲς ζητοῦμεν. Die beispielsweise Bezugnahme auf die Senatorenehe ist hier weggefallen, findet sich aber noch in den Basiliken (l. 6 Bas. 28, 5). Hiezu der Ausspruch des Paulus in Proch. VII, 11: τὸ φύσει γὰρ δίκαιον καὶ τὸ εὐπρεπὲς ἐν τοῖς γάμοις σκοπεῖται; ferner die Bezeichnung οὐκ εὐπρεπῶς für die Ehe zwischen uxor patroni u. libertus. Aehnlich Epanagoge, XVII, 17, 23 u.a. m.

[3]) Cf. l. 2, 15 Bas. 28, 5 (des Paulus Worte naturale ius et pudor werden mit quod natura justum et honestum est wiedergegeben. Vgl. vorige Anm.), l. 197 Bas. 2, 3, l. 6 Bas. 28, 5: Μοδεστιν. Ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπὲς καὶ σεμνὸν καὶ φύσει δίκαιον ζητοῦμεν: In matrimoniis non solum quod licet sed et quod decet et honestum et natura justum est, quaerimus.

matrimonium) bezeichnet, so dass sie als ungiltig betrachtet werden müsse (οὐκ ἔρρωται, οὐκ ἐῤῥωμένως γαμεῖται, non valet, non valide nubit: Schol. ad l. 6, 16, 31 Bas. 28, 5). Eine grosse Anzahl ähnlicher Redewendungen, die sich meist an entsprechende Sätze des justinianischen Rechts anschliessen, bringen ebenfalls den Begriff der Unanständigkeit einer Verbindung zum Ausdruck [1]). Vielfach jedoch bezeichnen die Quellen mit dem Ausdrucke honestas matrimonii auch nur den standesgemässen Charakter der Ehe oder deren rechtliche Vollgiltigkeit gegenüber dem Concubinate [2]).

39. Werfen wir nun einen flüchtigen Rückblick auf die in diesem Abschnitte bisher behandelte Entwicklungsperiode, so ergibt sich für die Lehre der Sponsalaffinität das bemerkenswerthe Resultat, dass die im justinianischen Rechte vereinzelt erhaltenen Aeusserungen früherer Jurisprudenz über ehehindernde Wirkungen der Sponsalaffinität nunmehr zu einer gesetzlichen Prohibitivnorm zusammengefasst werden und den Charakter eines selbständigen Eheverbotes gewinnen, das nicht nur präciser formulirt, sondern auch erweitert erscheint. Obwohl nun diese Entwicklung wesentlich an die Sätze des justinianischen Rechts anknüpfte, durch sie bedingt war und ohne dieselben gar nicht erfolgt wäre, so deutet doch die Beibehaltung solcher Detailnormen und so weitgehender Verlöbniswirkungen, wie überhaupt das Hervortreten des Verlöbnisrechtes auf eine wichtige Aenderung der Eheschliessungslehre im Allgemeinen, welche, wie schon oben erwähnt, durch den Einfluss kirchlicher Anschauungen angebahnt wurde. Umgekehrt hat die Kirche, wo immer sie für eine höhere Verbindlichkeit des Verlöbnisses eintrat, an der dargestellten Lehre des weltlichen Rechts eine willkommene Stütze gefunden und in der

---

[1]) Schol. 1 ad l. 2 Bas. 28, 5 (tutius et honestius), ad l. 3 Bas. h. t. (melius facere) u. v. a.

[2]) Cf. l. 30 Bas. 47, 1, l. 22, 23 Cod. Just. 5, 4, tit. C. J. 5, 26, Tit. ff. 25, 7. — Dass ein solcher Mangel durch Dispens sanirt werden konnte, ist nach l. 39 Bas. 60, 37, l. 40 Bas. 28, 5 und den dazu gehörigen Scholien wohl nicht zu bezweifeln.

Praxis sich darauf stets berufen. Seit den Entscheidungen der trullanischen Synode (692) aber war die Verlöbnislehre der orientalischen Kirche zu jener des byzantinischen Rechts in einen schroffen Gegensatz getreten, der dringender Abhilfe bedurfte. Das Bedürfnis nach einer versöhnenden Reform musste bei dem Wachsen des kirchlichen Einflusses umsomehr sich steigern, als die von der Kirche immer energischer vertretene Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe im elften Jahrhunderte in der kirchlichen Normirung voller Affinitätswirkungen des Verlöbnisses ihren Höhepunkt erreichte. Dies gab denn auch den ersten Anstoss zur späteren Reform des Kaisers Alexius I. Comnenus, welche einerseits die civilrechtliche Anerkennung der kirchlichen Verlöbnislehre für die benedicirten Sponsalien bedeutete, andererseits für die nicht geweihten Verlöbnisse das Sponsalrecht der Basiliken zu ausschliesslicher Geltung brachte. Entsprechend dieser principiellen Regelung wurde auch die Lehre von der Sponsalaffinität normirt, indem auch hier die kirchlicherseits entwickelte Doctrin für das geweihte Verlöbnis civilrechtlich sanctionirt und damit im Sinne der kanonischen Normen die Affinitätswirkungen des Verlöbnisses in gleicher Ausdehnung wie jene der Ehe anerkannt, für das einfache Verlöbnis jedoch die Normen des Civilrechts als ausschliesslich massgebend erklärt wurden. Die Darstellung dieser weiteren Entwicklungsphasen hat daher die Erörterung der Verlöbnis- und Affinitätslehre der orientalischen Kirche zur naturgemässen Voraussetzung.

2. Umgestaltung der Lehre durch das Verlöbnisrecht der orientalischen Kirche.

40. Es kann sich in diesem Zusammenhange nicht darum handeln, die für die allgemeine Entwicklung des kirchlichen Eherechts wichtigen Quellenzeugnisse hervorzusuchen und jene Momente festzustellen, welche an und für sich eine eigenartige Beurtheilung des Verlöbnisses und seiner Wirkungen von Seite der Kirche zur Folge haben mussten. Darauf soll bei der Darstellung des Verlöbnisrechts der abendländischen Kirche näher eingegangen werden. In diesem Abschnitte

hat vor Allem nur jenes einschlägige Quellenmaterial Bedeutung für unsere Untersuchung, welches entweder in der lateinischen Kirche nicht mehr anerkannt wurde oder zwar auch dem Eherechte dieser zu Grunde liegt, jedoch in der orientalischen Kirche für die im vorigen Paragraphen angedeutete wesentliche Aenderung des Verlöbnisrechtes und Weiterentwicklung des Ehehindernisses nachgebildeter Affinität besonders massgebend geworden ist.

Theilweise waren aber für Verlauf und Endresultat dieser Entwicklung auch einzelne allgemeine Gesichtspunkte von Einfluss, welche schon in der ältesten kirchlichen Doctrin betont werden und später in der lateinischen Kirche ebensosehr zur Geltung kommen, wie im Oriente. Diese dem Verlöbnisrechte beider Kirchen gemeinsamen Entwicklungsmomente müssen daher auch in diesem Zusammenhange insoweit flüchtig berührt werden, als ihr Vorhandensein oder Einfluss in den Quellenzeugnissen der orientalischen Kirche constatirbar ist. —

Auch im Schosse der Kirche zeigt der Entwicklungsgang der Quasiaffinitätslehre im Allgemeinen dieselben Anfänge und Grundlagen, welche wir bisher im weltlichen Rechte jener Zeit vorgefunden haben. Es entspricht dies der Natur der Sache. Ein sich normal entwickelndes Recht wird und kann dem Verlöbnisse bezw. dem Brautverhältnisse stets nur unter zwei Voraussetzungen Wirkungen eigentlicher oder nachgebildeter Affinität einräumen. In erster Linie darf dem Verlobungsakte nicht die alleinige Bedeutung eines die künftige Ehe verabredenden Privatrechtsgeschäfts zugetheilt sein, sondern Recht und Sitte müssen in ihm schon ein Mehr, nämlich die Begründung eines ethischen, der Ehe vielfach verwandten oder gleichgestellten Personenverhältnisses sehen, oder, wie z. B. gerade in der orientalischen Kirche und später im deutschen Rechte u. a., es muss die Verlobung gar als integrirender Theilakt der Eheschliessung selbst erscheinen. In zweiter Linie darf aber auch der rechtliche Begriff und Thatbestand der Affinität nicht so scharf und nicht in so enge Grenzen gefasst sein, dass von vorneherein ausgeschlossen wäre, die Wirkungen derselben auch

aus einem solchen nur eheähnlichen, noch nicht zur vollen Ehe gewordenen ethischen oder rechtlichen Personenverhältnisse — sei es auch nur auf dem künstlichen Wege einer Fiction oder durch Rechtsanalogie — abzuleiten.

Diese allgemeine Erwägung, welche schon bisher den Leitfaden der Untersuchung in gewissem Masse gebildet hat, wird uns daher auch weiter zu leiten haben, wenn wir die historische Grundlage der Quasiaffinitätslehre aufsuchen wollen, welche die griechische Kirche entwickelt und in das spätere byzantinische Recht eingeführt hat.

Wenn wir nun quellenmässig konstatiren können, dass die ebengenannten zwei wesentlichen Entwicklungspraemissen dieser Lehre in der Rechtsanschauung der griechischen Kirche nicht nur ursprünglich schon gegeben waren, sondern infolge des Zusammenwirkens verschiedener Momente sich in derselben in erhöhtem Masse entwickelt haben, so erscheint es nur mehr als eine natürliche Consequenz solcher Entwicklung, dass das orientalische Kirchenrecht die auf Sponsalaffinität gegründeten Eheverbote des römisch-byzantinischen Civilrechts in sich aufnahm und sodann in singulärer Weise ausbildete. Es concentrirt sich somit für die Sichtung und Prüfung des einschlägigen Quellenmaterials unsere Aufgabe zunächst in zwei Vorfragen, deren Beantwortung vor der Darstellung der eigentlichen Quasiaffinitätslehre des Orients ins Auge zu fassen sein wird.

Die erste Frage (a) geht dahin: Hat, wie das römisch-byzantinische Recht, auch die orientalische Kirche dem Verlobungsakte Rechtswirkungen zugesprochen, welche sonst regelmässig nur aus der Ehe selbst entstehen, und hat sie somit den Brautstand als ein der Ehe nicht nur ethisch, sondern auch rechtlich verwandtes oder gleichgestelltes Personenverhältnis beurtheilt?

Nach Beantwortung und historischer Prüfung dieser Frage wird sodann den Uebergang zur Quasiaffinitätslehre eine zweite Frage (b) ergeben: Kam der von der griechischen Kirche festgehaltene allgemeine Affinitätsbegriff der Aufnahme bezw. Weiterentwicklung der bisher dargestellten Lehre des römisch-byzan-

tinischen Rechtes entgegen, welche durch Zuhilfenahme einer Rechtsfiction die ehehindernde Wirkung der Schwägerschaft in gewissen Grenzen auch aus dem einfachen Verlöbnisse entstehen liess?

Für die eigentliche Darstellung der Eheverbote gegenüber den Blutsverwandten des anderen Verlobten wird die Beantwortung der ersten Frage uns Begriff und Thatbestand des Verbotes ergeben, während mit der zweiten Frage wir den Zweifel dogmatisch werden lösen können, ob die rechtliche Begründung dieser Verbote in einer vollen Gleichwertigkeit der Sponsalien als ihres Thatbestandes mit der Ehe als Thatbestandes der Affinität zu suchen ist, oder ob wir es hier, wie im älteren römischen-byzantinischen Rechte, nur mit einer auf ethisch-sociale Motive gegründeten Rechtsfiction oder Rechtsanalogie zu thun haben.

ad a): α) kirchliche Lehre bis zur trullanischen Synode (692).

41. Dass beide oben gestellten Fragen für das Recht der orientalischen Kirche principiell zu bejahen sind, ergibt sich im Wesentlichen schon aus den Andeutungen, welche bei der vorausgehenden Darstellung des byzant. Rechts über den frühzeitigen Einfluss kirchlicher Auffassung und Disciplin gemacht wurden.

Die erste Frage, die kirchliche Beurtheilung des Verlöbnisses wird uns wegen ihrer Wichtigkeit und Vielseitigkeit am längsten beschäftigen. Es wurde schon oben S. 103 auf die bedeutsame Entscheidung der trullanischen Synode (c. 98) hingewiesen, welche den Bruch der Verlöbnistreue in eine Linie mit der Verletzung des Ehebandes gebracht und die unbegründete Lösung von Sponsalien unter dieselbe Strafsanktion wie Ehebruch gestellt hatte. Diese principielle Norm wurde für das ganze orientalische, kirchliche und weltliche Verlöbnisrecht von einschneidender Bedeutung. Einerseits zogen Jurisprudenz und Praxis wegen der unklaren Fassung des Kanons die extremsten Folgerungen aus demselben, andererseits erschien

diese Entscheidung als das erste formell hervortretende Resultat einer frühzeitig von der Kirche angebahnten, immer weiter um sich greifenden Entwicklung, deren Streben direct darauf abzielte, dem Brautstande und Verlobungsakte einen der Ehe bezw. der Eheschliessung möglichst verwandten rechtlichen Charakter zu verschaffen.

Für diese Tendenz [1]) waren im Laufe der ersten christlichen Zeit hauptsächlich Gesichtspunkte der Moral und Ethik, aber auch formelle, religiöse und äussere practische Momente entscheidend gewesen.

Den ursprünglichen Ausgangspunkt und inneren ethischen Kern bildete wohl der Gedanke, dass es sich mit christlicher Moral nicht vertrage, ein einmal gegebenes Eheversprechen und die daraus entspringende Treupflicht leichtsinnig zu verletzen oder formlos aufzuheben [2]).

---

[1]) Man vgl. zum Folgenden die ausführliche, aber vielfach abweichende und auf so manches Moment nicht eingehende Darstellung des griechisch-kirchlichen Verlöbnisrechts bei Zhishman, Eherecht der orient. Kirche, Wien 1864, bes. S. 137 fg., 385 fg. Zh. hält sich zumeist nur an das formelle Rechtsquellenmaterial. Einschlägige Zeugnisse der griech. Patrologie sind nur in den wichtigsten Fragen und oft dürftig herangezogen, obwohl gerade diese Schriften uns reiche Aufklärung über Entstehen und practische Durchführung mancher kirchl. Doktrin geben. Soweit zur Vermeidung fernerliegenden Details auf das genannte sonst zweifelsohne grundlegende Werk verwiesen werden kann, soll dies geschehen (Zh.). Anderenfalls sind die betreffenden Quellen bei Zh. nicht berücksichtigt. Dies gilt auch von Zachariae, griech.-röm. R., Berlin 1892 (3. Aufl.) S. 73 fg., worin jedoch die kirchliche Lehre nur insoweit gestreift wird, als ihre Normen mit dem weltlichen (byzantinischen) Rechte in directen Connex traten. Bezügl. einer ähnlichen Entwicklung im alten mosaischen Rechte vgl. Freisen a. a. O. S. 96 fg.

[2]) So sagt Johannes Chrysostomus de non itin. conjugio c. 3 (M. P. G. 48, 613): τοῦ γὰρ μηδ' ὅλως ὑποσχέσθαι τὸ μετὰ τὴν ὑπόσχεσιν ἀγνωμονῆσαι πολλῷ χεῖρόν ἐστιν. Auch das Civilrecht betonte die Förmlichkeit der Lösung (repudium) bei sonstiger Infamirung; vgl. oben S. 25, 47, unten S. 152 Anm. 2. Eine Analogie bildet die strenge Beurtheilung und Strafart der Verletzung eines votum castitatis, vgl. unten S. 148 Anm. 3 u. 156 Anm. 1. Zur Frage noch treffend Scheurl, Eheschl. S. 24 fg. Sehling, Untersch. d. Verl. S. 25 u. A. 4, Moy, Eherecht S. 99 u. a.

Die Kirche hielt sich hiebei allerdings zunächst an den Verlöbnisbegriff des römischen Rechtes, legte aber, vielleicht im Anschlusse an das jüdische [1]) Verlobungsceremoniell, das Hauptgewicht auf eine möglichst bindende und feierliche Form der Eingehung des Verlöbnisses, sowie auf die sittliche Rechtspflicht, welche durch die gegenseitige Einwilligung begründet werde und in der Wahrung der Verlöbnistreue, sowie in dem baldigen Vollzuge der Ehe durch Herstellung der thatsächlichen Lebensgemeinschaft ihre Erfüllung finden solle. Die practische Durchführung dieses Gedankens musste also in erster Linie zur Opposition der Kirche gegen die civilrechtlich straflose, willkürliche Lösung des Brautverhältnisses und in weiterer Folge wider die Auffassung der Sponsalien als formlosen, die Ehe versprechenden Privatrechtsgeschäfts [2]) führen.

Dieser Haltung der Kirche kamen nun in beiden Richtungen, namentlich aber, was zunächst das formelle Moment betrifft, sowohl das weltliche Recht als das Bedürfnis des practischen Lebens schon frühzeitig entgegen.

Wie oben (S. 106 fg.) erwähnt, suchten verschiedene civilrechtliche Bestärkungsmittel [3]), symbolische Ceremonien und Feierlichkeiten des Sponsalaktes [4]) u. a. m. dasselbe Ziel,

---

[1]) Hierüber vgl. Freisen, a. a. O. S. 92 fg. und die dort cit. Literatur des jüd. Eherechtes.

[2]) Hiezu oben S. 16 fg.

[3]) Näheres Detail über Reugeld und Conventionalstrafe gibt Zh. S. 150, 648 fg., Zach., a. a. O. S. 74 fg., cf l. 5 C. 5, 1, dagegen für die spätere Zeit vgl. bes. Leo Nov. 18 (M. P. G. 107, 459, Zach. J. G. R. III, 92) und die Novellen des Kaisers Alexius l. Comnenus v. J. 1074 und 1092 (Zach. J. G. R. III, 363, 379 (Coll. IV Nov. 24 c. 3, Nov. 31 c. 2) M. P. G. 104, 1181 fg., Scholion Balsamons ad t. XIII c. 2 des Nomokanon Photii, Σ. I, 284 sq.).

[4]) Solche waren nach römisch-byzantinischer Sitte der Tausch des annulus pronubus und des Brautkusses (φίλημα), auch Wechsel von Geschenken, von Reliquienschmuck (ἐγκόλπια, σταυροί) als Unterpfand des Versprechens bildete die solenne Symbolik des Verlöbnisvertrages. Die dexterarum iunctio, die Zh. S. 388, 648 beim Verlöbnis stattfinden lässt, war nach Rossbach, röm. Ehe, S. 308 ein Symbol der wirklichen Uebergabe bei der Hochzeit selbst. Nach Tertullian de vel. virg. c. 11 (Zh. S. 388 n. 3, w. u.

nämlich möglichste Gebundenheit der sponsi anzustreben und die nicht einklagbare Verpflichtungskraft der Verlobung zu

S. 136 A. 1) scheint diese Ceremonie auch vor der desponsatio vorgekommen zu sein, denn die virgines velatae werden zu dieser als schon masculo mixtae per osculum et dexteras geführt. Vielleicht hatte T. hier kirchliche Eheeinsegnung im Auge. Diese trat wahrscheinlich an Stelle der heidnischen Opferceremonie. Auf alten Kunstdenkmälern wird nämlich neben dem brennenden Opferfeuer, an dem hernach nach antiker Sitte die Eide geschworen wurden (Rossbach, l. c. n. 1003) der Bräutigam allgemein in der Geste der dexterarum conjunctio dargestellt mit den tabulae nuptiales (πρωτικῶα συμβόλαια), chartae symbolicae bei Symeon iun. cap. pract. c. 77 (ao 1050, M. P. G. 61, 981) in der linken Hand, da die Ehetafeln, wie Zh. S. 647 zugibt, am Hochzeitstage unterfertigt wurden. Schriftliche Verträge oder Bestätigungen des eingegangenen Eheversprechens pflegten wohl auch bei den Sponsalien ausgefertigt zu werden, die Quellen thun dessen öfters Erwähnung (Zh. S. 152, 392 n. 5, 647 fg.), ja nach der Ecloga Leonis et Constantini (Zach. Prochiron p. XXXIII) t. I, 1 war dieser Modus als legitime Verlobungsart anerkannt (ἐὰν οἱ συναλλάσσοντες νομίμως συναλλάσσωσι —τουτέστι, δι' ἀρραβώνων, ἤγουν ὑποβόλων ἢ δι' ἐγγράφων). Der τὰ περὶ γάμων δεσμωτικὰ ἔγγραφα erwähnt auch Nomocanon XIII, 4 Scholion Balsamon. (Σ. I, 300, M. P. G. 104, 1194). Uebrigens sind, wie man auf den ersten Blick sieht, die genannten Eingehungsarten alternativ festgesetzt, nicht wie Zh. S. 605 sagt, cumulativ. Arrha und Brautkuss scheinen hiebei in älterer Zeit wesentlich gewesen zu sein [Balsamon und Zonares comm. ad c. 98 Conc. in Trullo (M. P. G. 137, 854, 858, Σ. II, 539: πάλαι δὲ, ἐπεὶ φίλημα τῶν μνηστευομένων ἐπὶ τῇ μνηστείᾳ ἐγίνετο καὶ ἀρραβὼν τῇ γυναικὶ παρείχετο παρὰ τοῦ ἀνδρὸς; ebenso noch Matthaeus Blastares (Monachus, ao 1335) syntagma t. 3 c. 10 § 5 (Σ. VI, 180, M. P. G. 119, 1283): παρ'ἡμῖν δὲ, πρώην μὲν φιλήματι τῶν συναπτομένων καὶ ἀρραβῶνι προῦβαινεν ἡ μνηστεία]. Möglich, aber nicht nachweisbar ist kirchliche Intervention beim Sponsalienakte. Im Alterthum lässt sich eine sacrale Form dieses Aktes nur im ältesten röm. R. im Zusammenhang mit der confarreatio vermuthen (oben S. 14, 24). Sonst war allgemein, nach Rossbach l. c. S. 223 namentlich bei den hellenischen Völkern, die Verlobung (ἐγγύησις) nur das civilrechtliche Moment, worauf sich die Legitimität der Ehe stützte, während die Hochzeit eine religiöse Feier, eine heilige Weihe der Ehe war. Auch das mosaische Ceremoniell (vgl. Freisen, l. c. S. 93, 95) kennt zwar Segenswünsche der Verlobungszeugen, dieselben können aber nicht als religiöse Weihe der Verlobung betrachtet werden. Wenn Zh. S. 138 mit Berufung auf Tertullian l. c. behauptet, dass die Reste alter religiöser Verlobungsceremonien gegen das Ende der römischen Zeit noch nicht ganz abgestorben waren, un-

heben [1]). — Dieses Betonen der ethischen Bedeutung des Verlobungsaktes und des formalen Momentes bei dessen Abschliessung hat uns schon oben S. 107 die Vermuthung aussprechen lassen, dass derartige feierliche Sponsalien im practischen Rechtsleben, in der Anschauung des Volkes und namentlich für die christliche Moral, die diese Formen gerne acceptirte und mit kirchlicher Symbolik umkleidete, allmählich die Bedeutung einer geistigen, mit bestimmten eheähnlichen, ethischen und rechtlichen Wirkungen verknüpften Uebergabe, einer Art Scheinausführung des eheversprechenden Vertrages [2]) gewonnen habe, ohne dass dadurch die thatsächliche Tradition der sponsa bei den nuptiae (traductio in domum mariti) als

mittelbar darauf von der Belebung des religiösen Momentes seitens der Kirche durch Anwendung der Einsegnung und der Ausgestaltung der Verlobung zu einer religiösen Feierlichkeit spricht und diesbezüglich S. 147 die Goldbulle ao. 1074 des Kaisers Alexius I. Comnenus „auf die in der Kirche übliche Verbindung (συνήθης ἐκκλησιαστικὸς δεσμός)" sich berufen lässt, welche „unter den priesterlichen Gebeten und den üblichen Förmlichkeiten d. i. unter der Uebergabe der arrha und der Auswechselung des Brautkusses vor sich zu gehen pflegte", so bleibt er, abgesehen davon, dass, wie erwähnt, Tertullian von der Hochzeitsfeier spricht, den Beweis für die ganze Zwischenzeit schuldig. Uebrigens findet sich die obige griechische Redewendung in der genannten Novelle nicht, die dort auf Einsegnungssitte bezüglichen Stellen (Zach. J. G. R. III, 360, 361, 363) sprechen von Benediction nach dem Verlöbnisse und beziehen sich auf einen sehr jungen kirchl. Brauch, wie die weitere Untersuchung (unten § 54 fg.) zeigen wird. Man vgl. zum Gesagten noch Zh. S. 397, 648, Zachariae, griech. röm. R. S. 73 fg., 90 n. 224. Quellenbelege für das altröm. R.: Plautus Mil. glor. IV, 1, 11; Juven. Sat. II, 117, VI, 27, X, 335; Plin. hist. nat. 33, 6; Suet. Claud. 26; Seneca controv. 1, 7; Apulej Met. IV p. 243 (ed. Bipont.); Tacitus Ann. XI, 27 u. v. a. Für spätere Zeit: l. 7 D. 23, 1, l. 40 D. 23, 3, tit. D. 23, 4 (l. 16 Bas. 28, 3, tit. Bas. 29, 5), l. 5 C. Th. 3, 5, l. 16 C. J. 5, 3, l. 9 C. 5, 4, Nov. (ao 1092) Alexii I. Comneni (Zach. J. G. R. III, 376 = Coll. IV, 31), Scholion Balsamonis ad Photii Nomocanon t. XIII c. 2 (Σ. I, 284, M. P. G. 104, 1183), Gregor Nyss. l. c., u. v. a.

[1]) Balsamon ad c. 98 Trull. Syn. (Σ. II, 540): Ὅτι τε φίλημα προέβη μέσον τῶν μνηστόρων καὶ ἀρραβῶνες ἐδόθησαν, χάριν ἀσφαλείας τῶν συναλλαξάντων μερῶν.

[2]) Man vgl. hiezu Sohm, Recht der Eheschliessung, Weimar 1875 S. 28, 87, 105 fg., Trauung und Verlobung, Weimar 1876 S. 15, 18, 142,

wirkliche Ausführung des gegebenen Versprechens, als Ehevollzug an socialer Wichtigkeit und definitiv abschliessender Rechtswirkung eingebüsst hätte.

Diese Volksanschauung [1]) gewann bald auch auf dem Gebiete des Rechtes Bedeutung. Darauf deuten zunächst die verschiedenen, noch unsicheren Verlöbnisunterscheidungen, welche wir schon im justinianischen Rechte angedeutet und später immer präciser ausgesprochen finden. Der Beginn der eigentlichen Verpflichtung wird an den Wechsel von osculum und arrhae datio geknüpft und damit Form und Ceremonie gegenüber dem Kerne des Sponsalvertrages, dem auf zukünftige Ehe gerichteten Consense der Nupturienten, in den Vordergrund gerückt [2]).

Friedberg, Verlobung und Trauung, Leipzig 1876 S. 8, 16 und meine späteren Ausführungen über die deutschrechtliche Verlobung im II. Bande.

[1]) In der obencit. unklaren Stelle Tertullians de virg. vel. c. 11 (M. P. L. 1, 954) ist vielleicht derselbe Gedanke zum Ausdruck gebracht: Atquin etiam apud ethicos velatae ad virum ducuntur. Si autem ad desponsationem, velantur quia et corpore et spiritu mixtae sunt per osculum et dexteras. Aus der griech. Patrologie bilden besonders markante Belegstellen die capitula practica des Symeon iun. (M. P. GL. 61, 981 squ.) c. 76—81 z. B.: Et quemadmodum femina sine arrha non est secura conjunctionem cum viro stabilem et indissolubilem fore etc. Auf dem Gebiete socialer Sitte finden wir diese Uebergabe in dem sehr alten particulärem Gebrauche wieder, dass die sponsa in das Haus des Schwiegervaters übernommen wurde. Vgl. oben S. 21 A. 3. Rossbach l. c. S. 216 weist auf ähnliche altgriechische (dorische) Sitte hin. Hiezu für röm. Gebiet noch die Ausführungen von Sehling, Unt. d. Verl. S. 16; aus der griech. Patrologie: Euthymius Zigabeni Comm. in Matth. c. 1 v. 18 (M. P. G. 129, 127), ad v. Μνηστευθείσης· πρὸ τοῦ συνελθεῖν αὐτοὺς εἰς συνάφειαν. Οὐκ εἶπε δὲ ὅτι πρὸ τοῦ ἐλθεῖν αὐτὴν εἰς τὴν οἰκίαν αὐτοῦ· ἔνδον γὰρ ἦν. Ἔθος γὰρ τοῖς πολλοῖς παρ' ἑαυτοῖς ἔχειν τὰς μνηστὰς δι' ἀσφάλειαν; bes. Joh. Chrysostomus hom. IV ad c. 1 Math. v. 18 (M. P. G. 57, 42 = decr. Gratiani c. 42 C. 27 qu. 2) u. hom. 43 ad c. 19 Gen. v. 14 (M. P. G. 53, 403): Ἔθος γὰρ τοῦτο ἦν τοῖς παλαιοῖς πρὸ πολλοῦ τοῦ χρόνου τὰς μνηστείας ποιεῖσθαι, καὶ πολλάκις καὶ συνοικεῖν τοῖς μνηστευθείσαις καὶ ἅμα τοῖς γονεῦσι διατρίβειν· ὃ καὶ νῦν ἐστι πολλαχοῦ γινόμενον. Ἐπεὶ νῦν ἤδη τὰ τῆς μνηστείας ἐγεγόνει, διὰ τοῦτο καὶ γαμβροὺς αὐτοὺς ὀνομάζει καί φησι· τοὺς εἰληφότας τὰς θυγατέρας αὐτοῦ· τῇ γνώμῃ γὰρ καὶ τῇ συγκαταθέσει εἰληφότες ἦσαν.

[2]) Der Unterschied zwischen sponsalia (Form und Ceremonie) und instrumenta (de nuptiis obligatoria, pacta nuptialia) wird von nun an in

Auf diese Weise bildete sich allmählich ein rechtlich relevanter Unterschied zwischen solennen und formlosen Verlöbnissen aus, der zunächst auch in der civilrechtlichen Gesetzgebung stellenweise berücksichtigt erscheint, hauptsächlich aber für die kirchliche Beurtheilung des Verlöbnisses massgebend wurde [1]).

---

den Quellen immer mehr betont (vgl. S. 107 Anm. 5 u. S. 139 fg.) und erhält vom elften Jahrhundert an mit dem Hervortreten des Momentes der Einsegnung eine besondere, unten § 54 noch näher besprochene Bedeutung. Der Hinweis auf die dem ius vetus characteristische Betonung des Consenses (cf. S. 107 A. 4) gegenüber der neuen Sponsalienform wird in jener Zeit wiederholt hervorgehoben, so in der Novelle 24 des Kaisers Alexius I. Comnenus (ao. 1074, Zach. J. G. R. III, 360, M. P. G. 104, 1179): Ἐπεὶ γὰρ ὁ μὲν παλαιὸς νόμος τὴν μνηστείαν ἐν μόνῃ τῇ συναλλαττόντων γνωρίζει βουλήσει, καὶ πλεὸν οὐδὲν διαθέσεως καὶ τῶν ἐπὶ ταύτῃ ἀκολουθούντων συμβολαίων καὶ μνήστρων περιεργάζεται· ἡμῖν δὲ θεοῦ χάριτι πρὸς κοσμιωτέραν πολλῷ καὶ ἱερωτέραν ἐπίδοσιν τὰ τοῦ βίου προελήλυθε πράγματα etc. Cf. Zh. S. 138.

[1]) Zhishman stellt S. 387 fg. die von ihm für das ganze byzant. und kirchliche Verlöbnisrecht festgehaltene Ansicht auf, dass das wesentliche Moment dieses Unterschiedes darin zu suchen sei, ob beim Verlöbnisse „eine Stipulation in feierlicher Weise stattfand, oder ob eine solche fehlte". Wie schon oben S. 106 angedeutet, ist weder im byzantinischen Rechte noch in den kirchlichen Quellen ein unanfechtbarer Beleg für diesen Unterschied aufzufinden, noch weniger für die weitere Behauptung (Zh. S. 387), dass die Stipulationsform darin bestand bezw. dort vermuthet wurde, wo arrha, Ring und Kuss getauscht worden waren. Auf romanischem Boden hat sich nun allerdings die Stipulation als feierliche Verlöbnisform erhalten, ihre Wirkung kam jedoch mehr auf dem Gebiete der Sitte, als rechtlich in Betracht (vgl. oben S. 16 fg. 18 A. 1, S. 106). Selbst wenn dies auch im Gebiete der griechischen Kirche der Fall gewesen wäre, so wird man, wie oben S. 107 A. 5 erwähnt, hiebei nicht an eine Fortdauer des altrömisch-rechtlichen Unterschiedes zwischen sponsa und pacta zu denken haben (vgl. Puchta Inst. II, 400 n. f., Zh. S. 387), denn abgesehen von der allerältesten Zeit war auch die sponsio et stipulatio (l. 2 D. 23, 2) nur eine rein civilrechtliche Form, die den Vertrag vom formlosen pactum unterschied, während es sich hier um den Gegensatz von religiös-symbolischer und civilrechtlicher Form handelt. Die Stipulation bestand nicht, wie Zh. meint, in den genannten religiös-symbolischen Ceremonien, und selbst wenn man, per inconcessum, im pract. Rechtsverkehre aus jener

trotz ihres rein civilrechtlichen Characters für den Verlobungsakt die Bedeutung einer symbolischen Uebergabe, einer Scheinausführung des Eheversprechens abgeleitet hätte, so berechtigt doch nichts zur Annahme, man hätte beim Vorhandensein jener symbolischen Gebräuche stets vermuthet, dass auch die Stipulation stattgefunden habe, und dann die der Zhishman'schen Distinction entsprechenden Consequenzen gezogen. Arrha, Ring und Kuss sind uralte Rechtsformen, welche theils als Zeichen des rechtlichen Vertragsabschlusses, theils als Symbole ethischer Wirkungen eines Aktes sich forterhalten haben. Solche Verlobungsgebräuche, deren schon oben S. 35, 46 A. 1, 107 A. 1, 2 Erwähnung gethan wurde, haben sich namentlich im conservativen griechischen Volke erhalten (vgl. Rossbach, l. c. S. 218, 222, 228, oben S. 21) und vorübergehend wieder Eingang in formelles Recht und Rechtsverkehr gefunden (osculum interveniens: l. 2, 6 C. Th. 3, 5 = l. 15, 16 C J. 5, 3, vgl. oben S. 133 A. 3 und unten S. 141; scheinbar auf roman. Boden bereits verschwunden: Tertullian apolog. adv. gent. c. 6 (M. P. L. 1, 354). Die Bedeutung derselben erhält sich im Oriente bis ins elfte Jahrhundert, wo dann kirchliche Ceremonien an ihre Stelle treten. Der Kirche nämlich boten diese symbolischen Gebräuche einen willkommenen Anhaltspunkt, um gegenüber dem reinen Vertragscharakter der civilrechtlichen Sponsalien die sociale und ethische Bedeutung des Brautstandes in den Vordergrund zu stellen. Ebensowenig wie das weltliche Recht auf die Vornahme oder Nichtvornahme der Stipulation eine wesentliche Verlöbniseintheilung basirte, hat die Kirche auf diese Form Rücksicht genommen, sondern sie hat, wie Zh. S. 397 zugibt, gerade an jenen Gebräuchen Interesse gehabt, welche entweder eine grössere Feierlichkeit der Willenserklärung beabsichtigten oder speciell die Treue und gegenseitige Zusammengehörigkeit im Sinne einer ethischen und religiösen Verpflichtung zum Ausdruck bringen wollten. Um die Hebung dieser Seite des Sponsalaktes war es der Kirche zu thun. Je grösser ihr Einfluss stieg, umso religiösformeller wurden diese Gebräuche, bis sie endlich im elften Jahrhundert sich zur Verlöbniseinsegnung kristallisirten. Für die Stipulation aber hatte die Kirche kein Interesse. Von dieser sprechen selbst die weltlichen Rechtsquellen nur in dem Falle, wo es sich um die Verabredung eines besonders hohen (vierfachen) Reugeldes (l. 3 Bas. 28, 2) oder um die gebräuchliche, später gesetzlich vorgeschriebene Conventionalpön handelt (Nov. 18 Leon. bei Zach. J. G. R. III, 91). Stipulation war aber dann nur leere Form, die Wirkung solenner Sponsalien hatte ein so verstärktes Verlöbnis dennoch nicht. Zh. nimmt dies S. 652 an und bringt für seine Ansicht das Synodaldecret des Patr. Johannes Xiphilinus vom 26. Apr. 1066 (M. P. G. 119, 755, Σ. V, 51) vor, welches sagt: οὕτω καὶ ἐν ταῖς μνηστείαις, τῆς λύσεως μετὰ προστίμου συνισταμένης, πρόδηλον, ὡς ὁ μνηστείαν συνηψάμενος, καὶ κατὰ νόμους διαλυσάμενος, εἶτα ἑτέραν ἀγαγόμενος, δίγαμός τέ ἐστι. Vor allem spricht diese Stelle von

sponsalia (μνηστεῖαι), nicht von pacta oder conventa (συμφωνία, δεσμωτικὰ χαρτία, δεσμοὶ διὰ φιλῶν γραμμάτων), sie meint also feierliche (nicht eingesegnete) Verlöbnisse; unter strafbarer Lösung braucht nicht der Fall stipulirter Conventionalpön verstanden zu werden: gerade Verlust der arrha war κατὰ νόμους eine Folge der Trennung. Dass aber, wie Zh. S. 652 behauptet, „durch die zwischen den Brautleuten verabredete Conventionalstrafe das Verlöbnis die Eigenschaft eines mit der Stipulation geschlossenen erhält und damit canonische Wirkungen nach sich zieht", ist mit diesem Citate nicht bewiesen. Das gerade Gegentheil (z. B. die Nichtanwendung des 98. trull. Kanons) ergibt sich aus Balsamons Commentar ad c. 98 Syn. Trull. (Σ. II, 541, M. P. G. 137, 855): Καὶ ταῦτα μὲν περὶ μεμνηστευμένης ἑτέρῳ γυναικός. Εἰ γὰρ οὐ προέβη μνηστεία, ἀλλὰ συμφωνία, δόσει προστίμου κατωχυρωμένη, οἷά εἰσι τὰ σήμερον γινόμενα δεσμωτικὰ χαρτία, οὐ τιμωρηθήσεταί τις ἐκ τούτου, ὡς παραβαίνων τὰ σύμφωνα, καὶ συναλλάττων μεθ' ἑτέρου προσώπου γάμον. Die kanonischen Wirkungen wurden von der Kirche an jenes symbolische Ceremoniell geknüpft, das eben die einfache συμφωνία zur μνηστεία machte: φίλημα und δόσις ἀῤῥαβῶνος. Ausdrücklich sagt Zonares in seinem Commentar ad c. 98 Syn. Trull. (Fortsetzung von l. c. oben S. 134 Anm. Σ. II, 539, M. P. G. 137, 858): εἰκότως καὶ τότε ὁ ζῶντος τοῦ μνήστορος τὴν μνηστὴν εἰς γάμον ἀγόμενος τῷ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι καθίστατο ἔνοχος: κἂν ἐξῆν τότε λύειν τὴν μνηστείαν, τῆς ποινῆς τοῦ προστίμου παρεχομένης: ἀλλὰ, μήπω τῆς μνηστείας λυθείσης, μνηστὴ ἦν ἡ γυνὴ ἑτέρου, καὶ ὁ ταύτην λαβὼν μοιχὸς εἰκότως ἐκρίνετο. Ὅπου δὲ οὔτε φίλημα οὔτε δόσις ἀῤῥαβῶνος παρηκολούθησεν, ὡς νῦν γίνεται ἐπὶ τῶν λεγομένων δεσμῶν, κἂν ἕτερος λάβῃ τὴν γυναῖκα: οὐχ ὑποπεσεῖται τῷ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι. Aus diesen Stellen ergibt sich zweifellos, dass die Stipulation mit dem Begriffe des feierlichen Verlöbnisses und dessen canonischen Wirkungen gar nichts zu thun hatte, geschweige denn das (dann stets vermuthete) Hauptmoment für letztere gebildet hätte. Vielmehr war, was schon der Natur der Sache entspricht, die symbolische Uebergabsceremonie mit Ring und Kuss die feierliche Schlusshandlung des civilrechtlichen Verlobungsaktes; sie versinnbildlichte den versprochenen Vollzug der Ehe, wo diese Symbolik fehlte, lag ein wirkungsloses privatrechtliches pactum ohne ethisch-sociale Bedeutung vor. In diesem Sinne sagt ein interessantes Scholion des Zonares l. c. [Σ. II, 540, nach W. Beveridge's Synod. II, 164 in einem Basler Exemplar des Commentars von Balsamon befindlich (Cod. Amerbach. Cod. Vallicell. F. 10, M. P. G. 137, 854 n. 10), von Pitra hist. II, 656, 661 der Schola Caesariensis zugeschrieben] unter Bezugnahme auf das mosaische Recht (vgl. unten S. 147 Anm. 1): καὶ ἐν τῇ Παλαιᾷ δὲ, παραπλησίως τῷ μοιχῷ κολάζεται ὁ φθείρων τὴν ἄλλῳ μεμνηστευμένην, ἐπειδὴ τὰ τῆς μνηστείας αὐτοὺς συνήρμοσε σύμβολα, ὅτε καὶ γυναῖκα αὐτὴν προσηγόρευσεν. Noch unzweideutiger wird dieser

Gegensatz von privatem Rechtsgeschäft und der ceremoniellen, symbolischen Feierlichkeit, sowie die Verschiedenheit ihrer Wirkung auf kirchl. Gebiete ausgesprochen in der oben S. 134 Anm. citirten Stelle aus dem Syntagma des Matthaeus Blastares (monacus) t. 3 c. 10 § 5 (Σ. VI, 180, M. P. G. 119, 1283): Καὶ ἐπειδὴ τὰ τῆς μνηστείας αὐτοὺς συνήρμοσε σύμβολα, καὶ γυναῖκα τὴν μνηστὴν προσαγορεύει etc. Παρ' ἡμῖν δὲ πρῴην μὲν φιλήματι τῶν συναπτομένων καὶ ἀρραβῶνι προῤῥαινεν ἡ μνηστεία: καὶ ἐξῆν ταύτην λύειν, τῆς ποινῆς τοῦ προστίμου παρεχομένης· μήπω δὲ τῆς μνηστείας λυθείσης, εἰκότως ὡς μοιχὸς ὁ τὴν γυναῖκα λαμβάνων ἐκρίνετο, ὡς ὁ ῥηθεὶς κάνων διορίζεται. Ὅπου δὲ οὔτε μνηστεία προῤῥηθη οὔτε φίλημα οὔτε δόσις ἀρραβῶνος ἐπηκολούθησε, μόνοι δὲ οἱ λεγόμενοι διὰ ψιλῶν γραμμάτων δεσμοί, κἂν ἕτερος λάβῃ τὴν γυναῖκα, τῷ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι οὐχ ὑπόκειται. Für die kirchliche Beurtheilung des Verlöbnisses war also die Symbolik des Aktes massgebend, nicht die für vermögensrechtliche Vereinbarungen oder für die Conventionalstrafe eventuell vorkommende Stipulation. Diese hatte als Verlöbnisform gar keine Bedeutung, nicht einmal civilrechtlich, denn ein Schol. Stefani ad l. 1 Bas. 28, 1 erwähnt, dass Stipulation den straflosen Rücktritt nicht ausschliesse, solange nicht specielle arrhae gegeben wurden: Ἴσθι δὲ, ὅτι, κἂν ἐπερώτησις γένηται, μὴ δοθῶσι δὲ ἰδικῶς ἀρραβῶνες, ἀκίνδυνος ἡ ἀναχώρησις τῆς μνηστείας, ὡς ἀνήνεκται βιβ. ε τοῦ κώδικος τιτ. ά διατ. ε πρὸς τὸ τέλος τῆς διατάξεως (l. 5 C. J. 5, 1). Hatte somit die Stipulationsform weder kanonische noch civilrechtliche Bedeutung, worauf stützt dann Zhishman seine Behauptung, dass das Vorhandensein oder Fehlen dieser Form das wesentliche Moment jener Verlöbnisunterscheidung gebildet habe, welche er S. 137 ganz richtig als Unterschied zwischen einfacher Verabredung und symbolischer Uebergabe qualificirt? Die Formen des Ring- und Kusswechsels wurden nach Zh. S. 139, 648 bald bei den Dotalverträgen, bald bei der Uebergabe der arrha vorgenommen. S. 387 behauptet Zh., dass diese Symbolik vornehmlich jene Förmlichkeit war, „unter welcher die feierliche Stipulation vor sich gieng“ und bei welcher dieselbe im Zweifelsfalle stets zu vermuthen war (S. 388). Diese quellenmässig nicht belegten Folgerungen erscheinen durch obige Zeugnisse geradezu ausgeschlossen. Denn unter die einfachen διὰ ψιλῶν γραμμάτων δεσμοί, welche den feierlichen μνηστεῖαι gegenübergestellt werden, wird auch die συμφωνία δόσει προστίμου κατωχυρωμένη (δεσμωτικὰ χαρτία), also nicht blos das mündliche, sondern auch das schriftliche, durch Stipulation einer Conventionalpön verstärkte Eheversprechen bezeichnet. Auch das einfache Verlöbnis konnte in Stipulationsform erfolgen, ohne dass sich dadurch sein unsymbolischer Charakter oder seine eingeschränkte Wirkung geändert hätte. Die Stipulation war eben für die ethisch-sociale Bedeutung und die damit zusammenhängenden Wirkungen des Verlöbnisses ganz ohne Belang. Damit stimmt vollständig überein, dass in jener Zeit

als die kirchliche Einsegnungsceremonie mit der erwähnten symbolischen Uebergabe sich verband, alle anders abgeschlossenen Eheversprechen als einfache privatrechtliche Stipulationen behandelt werden: ταύτας μνηστείας μὲν ἀληθεῖς, ὅσον κατὰ τὴν ἐκκλησι αστικὴν ἀκριβολογίαν μηδὲ εἶναι μηδὲ ὀνομάζεσθαι μήτε μὲν τὴν συνοδικὴν σημείωσιν κατὰ τούτων ἔχειν ἐνεργόν, ὡς ἁπλῶς δὲ ἀρεσκείας ἀνθρώπων δι' ἐπερωτήσεων κατησφαλισμένας τὸ ἐνεργὸν ἀποφέρεσθαι καὶ τὴν παλαιὰν ἔχειν νομοθεσίαν ἐπὶ τούτων τὸ πάγιον .... ὡς ἐν τύπῳ μνηστείας συμβόλαια μηδὲ τάξιν ὅλως μνηστείας ἐννόμου καὶ ἀσφαλοῦς ἀποφέρεσθαι, ἀλλ' ὡς ἐπερωτήσεις μόνον ἐσφαλισμένας κρίνεσθαί τε καὶ ἐνεργεῖν κατὰ τὴν φύσιν τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων (Nov. 24 Alex. Comn. in Zach. J. G. R. III, 361 = Coll. IV. 24, M. P. G. 104, 1182, Σ. I, 286). Vgl. hiezu noch unten § 54. Die symbolischen Ceremonien werden ausdrücklich mit der kirchl. Einsegnung verbunden: τηνικαῦτα τὴν μνηστείαν πρώτως μετὰ τῆς ἱερᾶς τῶν εὐχῶν ἐπῳδῆς ἐκτελεῖσθαι καὶ τῶν συνήθων ταύτῃ παρατηρήσεων ἤγουν τοῦ ἀῤῥαβῶνος καὶ τοῦ φιλίου τοῖς μνηστῆρσι φιλήματος. Das einfache Eheversprechen erfolgt nur durch συμβόλαια (instrumenta, l. c. Zach. J. G. R. III, 361, 363). Obwohl somit die kirchliche Form in den Vordergrund trat, blieb doch stets die Bedeutung der erwähnten Symbolik des Verlöbnisaktes gewahrt und damit auch später noch das ethisch-sociale Moment neben dem religiösen und gegenüber dem rein privatrechtlichen betont.

Auf diesem Grundgedanken beruht im Wesentlichen die im laufenden Texte noch näher zu untersuchende Gleichstellung zwischen μνηστεία und γάμος, welche das Verlöbnisrecht der griechischen Kirche und das spätere byzant. Recht charakterisirt und eben mit der wachsenden, von der Kirche geförderten Betonung der feierlichen μνηστεία als gegenseitiger symbolischer spiritueller Uebergabe der Verlobten immer weitere Kreise zog, bis sie schliesslich zu einer einschneidenden Reform des Civilrechts führte. In dieser Bedeutung liegt auch die Rechtfertigung für die in dieser Anmerkung erfolgte Abschweifung vom Hauptthema und für die darin enthaltene Polemik. Es ist endlich von Interesse, schon hier zu constatiren, dass dasselbe symbolische Ceremoniell und dieselbe kirchliche Entwicklung sich auch auf italischem (romanischem) und deutschem Boden nachweisen lässt. Wir finden denselben Formalakt des feierlichen Verlöbnisses in der sog. subarrhatio, welche mit Kuss, Ringwechsel, Handschlag, Tausch von Geschenken und Reugeld u. a. vor sich gieng. Dieselbe wurde jedoch, wie schon oben S. 17 erwähnt, im Laufe der Entwicklung theilweise mit der feierlichen, kirchlichen Eheschliessungserklärung verbunden, während, wie noch gezeigt werden wird, die solennen μνηστεῖαι der griechischen Kirche bezw. des byz. Rechtes nur eheschliessende, besser gesagt, eheähnliche Wirkung zugesprochen erhielten. Im practischen Rechtsleben war dieser Unterschied wohl ohne Bedeutung.

Einen besonders bemerkenswerthen Beleg dafür, dass die von der Kirche angebahnte Betonung des Verlöbnisses auch im Civilrechte Wurzel fasste, bietet die 74. Novelle Justinians [1]).

Ihr fünftes Kapitel gedenkt des verbreiteten Gebrauches heimlich beschworener Eheversprechen und betheilt die Heimführung auf Grund eines solchen Versprechens mit den Wirkungen legitimer Eheschliessung [2]).

Im Uebrigen stellt diese Novelle, welche die grosse Unsicherheit des byzantinischen Eheschliessungsrechts jener Zeit ebenso wie die Wiederbelebung des religiösen Momentes bei der Verlobung erkennen lässt, die affectio maritalis und den Consens als eheschliessenden Faktor in den Vordergrund [3]).

---

[1]) Ed. Heimbach Authenticum (34, 5) p. 613 sq. vgl. hiezu Zh. S. 139. Die Novelle ist auch in Juliani epitome (const. 67, 4, ed. Haenel const. 244, p. 92), nicht aber in die Basiliken aufgenommen. In der bei Julian vorfindlichen Form ist die in c. 5 enthaltene Entscheidung für die Beurtheilung des Eheversprechens in der späteren abendländischen Doctrin bedeutsam geworden. Wir finden sie in den meisten lat. Rechtssammlungen wieder, wozu ich auf die späteren Ausführungen über die Ecclesia Gallicana, auf l. 4 c. 44 der Exceptiones Petri leg. rom. (Savigny, Gesch. d. r. R. i. M., II, 420), auf c. 9 C. 30 qu. 5 des Decr. Gratiani und auf die daran geknüpften Aeusserungen und Distinctionen der Decretistenschule, endlich auf die Citate in Friedberg's Decretausgabe (I, p. 1107 n. 106) verweise.

[2]) Quoniam autem interpellationibus, quae nobis fiunt semper, omnium tamen assidue mulieres audimus ingemiscentes et dicentes, quia quidam eorum concupiscentia detenti ducant eas in domibus suis sacra tangentes eloquia aut in orationis domibus iurantes, habituros se eos legitimas uxores taliter eas habentes tempore multo et forte suscipientes filios, deinde dum se satiaverint earum desiderio aut extra filios aut cum filiis proiicientes de suis domibus, iudicavimus etiam hoc oportere sancire, ut si mulier ostendere potuit modis legitimis, quia secundum hanc figuram vir eam accepit domi, ut uxorem legitimam haberet et filiorum legitimorum matrem nequaquam penitus licentiam ei esse hanc de domo praeter ordinem legis expellere, sed habere eam legitimam et filios suos ei esse.

[3]) C. 4 l. c. p. 610: nuptiae et extra dotalia documenta ex solo affectu valeant et ratae sint. Hiezu oben S. 55 A. 1, S. 107 A. 4, vgl. ferner l. 3 C. Th. 3, 7, l. 22 C. J. 5, 4, c. 3 Nov. Just. 22, c. 4 Nov. Just. 74, Prochiron IV, 17 (ed. Zachariae p. 29), Zh. p. 607, 669. Den Consens als

Wenn wir endlich davon absehen, dass in dieser Novelle das Princip der Formlosigkeit der Eheschliessung zum ersten Male durchbrochen wurde und wenigstens für bestimmte Stände der Ehecharakter einer Geschlechtsgemeinschaft durch das Erfordernis schriftlicher Ehepacten bezw. anderweitiger Beweisurkunden sichergestellt werden musste, so werden wir die Bedeutung dieses Gesetzes für die Kirche einmal in der der letzteren eingeräumten Ingerenznahme sehen, welche lebhaft an die heutigen kirchlichen Ehematrikeln erinnert; noch bedeutsamer erscheint jedoch der darin ausgesprochene Grundsatz, dass zur Legitimirung einer Geschlechtsverbindung als Ehe nur die Beziehung des abgegebenen Consenses auf sofortigen oder künftigen Abschluss wirklicher Ehe und die erfolgte Ausführung dieses Consenses durch Herstellung thatsächlicher Lebensgemeinschaft nachgewiesen zu sein brauche. Ob daher die Willenseinigung in einem einfachen, formlosen Eheversprechen obenerwähnter Art mit blosser Beziehung auf zukünftige Ehe oder in formellen Dotal- und Ehepacten (instrumenta nuptialia, συμβολαίων γραφαί, προικῶα) mit Beziehung auf die unmittelbare oder sehr bald darauf folgende Heimführung zum Ausdrucke kam, machte somit nunmehr rechtlich, soweit nicht besondere Standesvorschriften gegeben waren, also für das Gros des Volkes keinen Unterschied [1]).

---

eheschliessendes Moment betonen auch die griech. Kirchenväter und Commentatoren z. B. Johannes Chrysost. de n. it. conj. c. 2, Alexius patr. Const. decr. 5, Th. Balsamon in ep. 2 et 3. S. Basilii c. 40, c. 80, Matthaeus Blast. synt. t. 3 c. 2 (Σ. IV, 185, V. 37, VI. 154; M. P. G. 48, 612; 119, 743, 1251; 138, 711, 791; Gratian c. 1 C. 27 qu. 2. Besonders drastisch Origines Comm. in Matth. XVII (M. P. G. 13, 3 p. 1590): οὐχ ὅπου κυριώτερόν εἰσί. ἐστιν εἰπεῖν ὅτι ἓν πνεῦμά εἰσιν ὁ νομφίος καὶ ἡ νύμφη etc. Doch fehlen auch nicht Zeugnisse, die im Anschlusse an jüdische Rechtsauffassung das Moment der Geschlechtsvereinigung in den Vordergrund stellen z. B. Gregor Nazianz. (M. P. G. 37, 958), vgl. Freisen, aaO. S. 25, 98 fg. 152 fg. 155.

[1]) Die Unterscheidung des Consenses je nach seiner Beziehung auf zukünftige oder gegenwärtige Eheschliessung tritt hier jedoch nur theilweise hervor und erhält im byzant. Rechte erst durch die Reform Kaisers

Noch weniger musste das vom Standpunkte der Kirche und der christlichen Moral zutreffen. Denn wie Zh. S. 138 mit Recht sagt, „sie anerkannte in der gegenseitigen Einwilligung den Ursprung der sittlichen Rechtspflicht, welcher durch die Eingehung der Ehe genüge geleistet werden sollte“. Der Kirche war es nur um ein Erkennungsmittel der ehelichen Absicht zu thun. Das bezweckte ja auch die 74. Nov. Justinians. Ob die eheliche Absicht durch ein blosses Eheversprechen oder durch wirkliche Eingehung der Ehe kundgegeben worden war, blieb sich für die Kirche gleich. Denn da sie den Concubinat verurtheilte, musste sie bei Vorhandensein thatsächlicher Lebensgemeinschaft für Ehe präsumiren, wenn die affectio maritalis nur irgendwie zum nachweisbaren Ausdrucke gekommen war. Auch das weltliche Recht kannte diese Präsumption (l. 24 D. 23, 2, Ulpian Fragm. III, 3), jedoch nur mit persona ingenua et honestae vitae. Wenn aber eine contestatio dagegen erfolgte oder das connubium überhaupt fehlte, so bestand blosser Concubinat.

Der Concubinat als Rechtsinstitut unterschied sich von der Ehe nur durch den Mangel der affectio maritalis [1]). Vor Justinian wurde diese — in alter Zeit — durch die Eheschliessungsform selbst, zur Zeit der freien formlosen Ehe durch übliche, aber nicht wesentliche documenta nuptialia (instrumenta dotalia) bewiesen. Durch Justinian's 74. Novelle wurde nun nur für bestimmte Stände die Ausfertigung solcher Urkunden vorgeschrieben, welche gleichzeitig die Bestellung von dos und donatio antenuptialis

---

Alexius I. Comnenus bestimmte Bedeutung, worauf schon Zachariae, griech. röm. R., S. 75 Anm. treffend hinweist. Im Abendlande wird dieser Unterschied zum ersten Male in den Exceptiones Petri leg. rom. angedeutet und von den Dogmatikern der fränkischen Kirche weiter ausgebildet. Man vgl. Savigny, aaO. II, 419, v. Ficker in Mittheilungen d. Inst. f. österr. Geschichtsf. 1886 II. Erg.-Bd. Hörmann, despons. impub. S. 21, 42. Insbesondere die für diese Frage bahnbrechende Arbeit Sehling's Unterscheidung der Verlöbnisse i. kan. R. 1887 S. 60 fg.

[1]) L. 4 D. 25, 7, Pauli Sent. II, 20. Puchta, Institutionen (1871), III, S. 147 fg.

oder, von den illustres abwärts, nur die Bestätigung des defensor ecclesiae und mehrerer Kleriker als Zeugen zum Beweise des Ehecharakters der geschlossenen Verbindung enthalten sollten. Für Personen aus den anderen Ständen erliess Justinian diese schriftliche Form, bestimmte jedoch, dass der Beweis eines heimlichen, mündlichen, beschworenen Eheversprechens nicht nur obige Präsumption gestatte, sondern direct den Ehecharakter des Verhältnisses darthue. Erst jetzt trifft Puchta's Aeusserung zu, dass die rechtliche Bedeutung der Sponsalien darin lag, dass sie die affectio maritalis für das nachher ausgeführte Consortium bewiesen, wodurch die Formlosigkeit der Eheschliessung weniger gefährlich wurde [1]). Diese Bedeutung des einfachen Eheversprechens als civilrechtlicher Grundlage legitimer Eheschliessung, indirect also als entscheidendes Moment zwischen Ehe und Concubinat, lässt sich nur vom erwähnten Standpunkte der kirchlichen Moral aus begreifen. Die kirchliche Betonung der Verlobung, der bindenden Kraft des einmal gegebenen Versprechens, hatte hier Eingang in das formelle Privatrecht gefunden. Von diesem Gesichtspunkte aus hatte Justinian somit nur zu jenen rechtlichen Wirkungen des Verlöbnisses, die auf dessen ethischer und socialer Bedeutung beruhen, ein neues Moment hinzugefügt, für welches die Grundlage schon im Rechte gegeben war. Denn ein Akt, ein Verhältnis, dem das Recht vielfach die Wirkungen der folgenden Ehe anticipativ zutheilte, musste doch consequent zum Beweise dieser letzteren dienen können. Dass das Civilrecht diese Consequenz formell ausgesprochen (die Praxis mag sie vielleicht früher schon gezogen haben) und dass die ethische und sociale Gleichstellung von Brautstand und Ehe damit eine neue rechtliche Wirkung erhielt, ist zweifellos auf kirchlichen Einfluss zurückzuführen, der in der citirten Novelle ja auch in anderer Weise sich bemerkbar macht. In dieser civilrechtlichen Beurtheilung des

[1]) Puchta, Cursus der Institutionen (1893) S. 401. „Ehescheidung" ist ein lapsus calami, es muss „Eheschliessung" heissen. Vgl. auch Freisen, aaO. S. 48 fg.

Verlobungsaktes musste wiederum die kirchliche Auffassung und Lehre von der Gleichwerthigkeit von Brautstand und Ehe wertvolle Unterstützung finden.

42. Aber auch noch andere nicht zu unterschätzende Momente wirkten in gleicher Richtung mit. Für die Kirche, die es liebte, auf Aussprüche des alten Testamentes und darin sich geltend machende Anschauungen zurückzugreifen, musste es von grossem Einflusse sein, dass gerade der Sprachgebrauch der Bibel die Ausdrücke für sponsa und uxor als gleichbedeutend anwendete. Zahlreiche Aeusserungen der griechischen Kirchenväter und der Commentatoren, sowie einzelne spätere Synodalentscheidungen, die vom Verlöbnisse handeln, bezeugen, dass man nicht zögerte, diesen Sprachgebrauch auch bei der Auslegung oder Begründung zeitgenössischer Quellen oder der neutestamentarischen Schriften in Anwendung zu bringen [1]).

---

[1]) Besonders markant bei Cyrillus arch. Hierosol. Katechesis XII de Chr. incarn. c. 31 (M. P. G. 33, 763): Ὥσπερ γὰρ ἐκείνη πρὸ τῆς γαμικῆς καταστάσεως, τῷ μόνον ἐπαγγελίαν εἶναι, γυνὴ τοῦ Ἰακὼβ ὠνομάζετο· οὕτω καὶ ἡ Μαρία, τῷ μνηστευθῆναι, γυνὴ τοῦ Ἰωσὴφ ὠνομάζετο. (Sicut enim illa (Rachel) ante nuptiarum sanctionem, propter solam quae intercesserat promissionem, Jakobi uxor appellabatur, sic et Maria propter desponsationem uxor Josephi dicta fuit (Joel II, 15, 16, Lucas I, 26, II, 4, 5; cf. Gregor Nyss. hom. in nat. Chr. (M. P. G. 44, 347), Dionysius ep. Alex. ad Basilidem (M. P. G. 10, 1286), ferner die obcit. Stelle bei Euthymius Zigab. C. in Matth. c. 1 v. 18 (M. P. G. 129, 127): Ἄνδρα δὲ αὐτῆς εἶπε τὸν Ἰωσὴφ, ὡς μνηστῆρα. Καὶ γὰρ γυναῖκα ταύτην αὐτοῦ καλεῖ προιὼν ὡς μνηστήν. Οὕτω γὰρ ἦν ἔθος καλεῖσθαι καὶ πρὸ τῆς συναφείας. Sponsus für vir, sponsa für uxor besonders häufig bei Johann. Chrysostomus (M. P. G. 48, 612; 51, 212; 53, 403; 57, 42 sq., c. 40—45 C. 27 qu. 2 des grat. Decrets) z. B.: Εἰπὼν δὲ αὐτῆς τὸ ὄνομα, οὐκ ἔστη μέχρι τούτου, ἀλλὰ καὶ ἐπήγαγε· Τὴν γυναῖκά σου, οὐκ ἂν οὕτω καλέσας, εἰ διέφθαρτο. Γυναῖκα δὲ ἐνταῦθα τὴν μνηστὴν λέγει· ὥσπερ οὖν καὶ γαμβροὺς ἔξωθεν ἡ Γραφὴ λέγειν καὶ πρὸ τοῦ γάμου τοὺς μνηστῆρας, ebenso Gregor Nazianz. (M. P. G. 37, 570) u. v. a. Vgl. auch die oben S. 139, 140 A. 1 citirten Sätze aus dem Syntagma des Matthaeus Blast. und dem Scholion des Zonares (schola Caesariensis?). Selbst in den weltlichen Rechtsquellen findet sich das Wort νύμφη (junge Frau) häufig auch für Braut gebraucht. Vgl. Matth. Blast. Synt. t. 3. c. 10 § 5 (Σ. VI, 182, M. P. G. 119, 1286) und noch folg. Anm.

Meist geschieht dies bei Erörterung der Ehe zwischen Josef und Maria. Hier wird stets von desponsatio im Sinne unconsumirter Ehe, von desponsata als der sponsa non cognita gesprochen. Zum Beweise der rechtlichen Gleichwertigkeit von sponsalia und matrimonium wird vielfach die lex mosaica angeführt, die bekanntlich die Verletzung des Verlöbnisses als Ehebruch bestrafte. (Deut. XXII, 23, 24) [1]).

[1]) Auch das jüdische Recht kannte zwei Arten von Verlöbnissen: Schidduschin, ein form- und wirkungsloses Eheversprechen, dessen Bruch nur unmoralisch war; Kidduschin, ein feierlicher öffentlicher Verlobungsakt mit symbolischen Ceremonien und Segenssprüchen, welcher in bestimmten Rechtsformen erfolgte und ein eheähnliches Verhältnis (Erusin) mit vielen anticipativen Ehewirkungen begründete. Die Ehe bestand erst von der Consumation an. Die Analogie dieser Verlöbnisdistinction mit der kirchl. Lehre springt in die Augen. Die Ehewirkungen des feierlichen jüd. Verlöbnisses betrafen nur die ethisch-sociale Bedeutung des Verhältnisses (in negativer Richtung: Verlöbnistreue, Lösung wie bei Ehe), vermögensrechtliche Folgen traten nicht ein. Die Trauung war eine einfache Heimführung wie im röm. Rechte (heute ist sie mit der feierlichen Verlobung symbolisch verbunden). Es konnte somit leicht die Ansicht entstehen, dass die feierliche Verlobung eigentlich die Eheschliessung sei. Diese Interpretation finden wir thatsächlich bei den meisten kirchlichen Commentatoren vertreten und als Analogon zur kanonischen Beurtheilung des Verlöbnisses oder gar zur Begründung derselben verwertet. So Balsamon C. ad c. 98 syn. Trull. (M. P. G. 137, 855, Σ. II, 541) in Fortsetzung der oben S. 139 A. citirten Stelle: Γίνωσκε δὲ, ὅτι καὶ ἀπὸ τοῦ Μωσαικοῦ νόμου, ἡ μνηστεία ὡς γάμος ἐλογίζετο· καὶ ἡ μνηστὴ γαμετὴ κατωνομάζετο καὶ ὁ τάυτην ἀγόμενος ἕτερος ἀνὴρ ὡς μοιχὸς ἐκολάζετο. Φησὶ γὰρ ὁ νόμος ἐν τῇ Παλαιᾷ· Καὶ ἐταπείνωσε τὴν γυναῖκα τοῦ πλησίον ἤγουν διεπαρθένευσε τὴν μνηστὴν τούτου. Καὶ ἡ ἁγία Παρθένος καὶ Θεομήτωρ, οὕτω γυνὴ τοῦ Ἰωσὴφ ἐχρημάτισε. Φησὶ γὰρ τὸ Θεῖον καὶ ἱερὸν Εὐαγγέλιον· Μὴ φοβηθῇς παραλαβεῖν Μαρίαν τὴν γυναῖκά σου (Deut. XXII, 24, Matth. I, 20). Aehnlich auch die l. c. erwähnte Bemerkung im Commentar des Zonares (Schola Caesariensis ?) ad c. 98 syn. Trull. (Σ. II 540, M. P. G. 137, 854 n. 10). Auf dieser Quelle beruht wohl auch eine gleiche Aeusserung bei Matth. Blastares (vor dem l. c. gegebenen Citat: Σ. VI, 180, M. P. G. 119, 1282): Τὴν γὰρ μνηστείαν οἱ νομοθέται ὁρίζονται μνήμην καὶ ἐπαγγελίαν τῶν μελλόντων γάμων (l. 1 B. 28, 1). Καὶ ὁ μὲν Μωσαϊκὸς νόμος ὡς γάμον τὴν μνηστείαν ἐλογίζετο καὶ ὁ τὴν ἄλλῳ μεμνηστευμένην φθείρων ὡς μοιχὸς ἐκολάζετο (Deut. XXII, 23). Καὶ ἐπειδὴ—προσαγορεύει (oben l. c.). Ἐταπείνωσε γὰρ, φησὶ, τὴν—γυναῖκά σου (wie oben). Jüdisches

Die Kirchenväter namentlich begannen die Ausdrücke μνηστεία (desponsatio), μνηστήρ (sponsus), μνηστὴ (sponsa) allmählig zur allgemeinen Bezeichnung eines geistigen, unverbrüchlichen und heiligen Verpflichtungsverhältnisses anzuwenden[1]. Fast durchgängig gilt dies von dem Verhältnisse der Kirche[2] oder der virgines velatae (θέφ ἀφιερωμέναι, νύμφαι τοῦ Χριστοῦ[3]) zu Christus. Vielfach werden sogar die einzelnen weltlichen und kirchlichen Verlobungsgebräuche und Ceremonien in symboli-

---

und byzant. Recht wird hier unvermittelt nebeneinandergestellt. Man vgl. betr. Einfluss des jüd. Rechtes auf die kirchl. Disciplin das oben S. 3, 4 A. 1 Gesagte und noch w. u. S. 153 Anm. Cf. Photii Synt. I, 3 (M. 104, 455), dazu Zhishman S. 138, 224, 226, 231, 292, 311, 391, 418, 784 und zum Gegenstande noch Freisen, l. c. S. 93, 97, bes. 100, 154 fg. und die dort angeg. Literatur über mos. Eherecht, ferner Scheurl, Eheschl. S. 15, 22, 24, Sehling, Unt. d. Verl. S. 24, 26, 28.

[1]) So sagt z. B. Cyrillus Hieros. arch. homil. in Paralyt. 10 (M. P. G. 33, 1143): Ἐὰν τοίνυν ἐν τοῖς Ἄσμασιν ἀκούσῃς ὡς περὶ νυμφίου καὶ νύμφης τὰ λεγόμενα, μὴ χαμαὶ πέσῃς, μηδὲ ἐμπαδῶς ἄκουε ταῦτα· ἐκ τῶν ἀπαθῶν τὰ πάθη μεταγύμναζε.

[2]) Ganz allgemein meint Theodoret ep. Cyrens. (saec. V.) in cantic. cant. praef. (M. P. G. 81, 43): Νύμφην γὰρ οἶδεν ὁ θεῖος λόγος τὴν Ἐκκλησίαν· νυμφίον δὲ τὸν Χριστὸν ὀνομάζει. Aehnlich bei Joh. Chrysost. u. bei Origines (M. P. G. 13, 1526; 51, 396, 400; 55, 62; 56); sehr nachdrücklich sagt eine Synodalentscheidung (ao. 1166) des Patr. Lukas Chrysoberges: τῆς Ἐκκλησίας τῆς ἀμωμήτου νύμφης Χριστοῦ, ähnlich Matthaeus Blast. l. 3. c. 10 § 1 (M. P. G. 119, 774, 1274).

[3]) C. 4 Syn. Trull. (ed. Pitra, II, 26), Proch. t. 39 c. 62 (ed. Zachariae p. 250) = l. 77 Bas. 60, 37; bes. bei Johannes Jeiunator doctrina monialium c. 1 u. cap. canon. 27—29, 31 (Pitra II, 226, 234), Basilius ep. can. 2 ad Amphiloch. c. 18 (Pitra, I, 587, M. P. G. 32, 719) und lib. de spir. s. c. 18 (ib. 32, 98): Ὅταν μὲν γὰρ τὴν ἄμωνον ψυχὴν, τὴν μὴ ἔχουσαν σπίλον ἢ ῥυτίδα, ὡς ἁγνὴν παρθένον ἑαυτῷ παραστήσηται, νυμφίος προσαγορεύεται. Theodoret ep. Cyr. int. in Ps. XLV und ep. 1 ad Cor. VI, 15 (M. P. G. 80, 1193; 82, 267): Οὐ καθάπερ νύμφη νυμφίῳ συνήφθητε τῷ Χριστῷ; sogar noch Balsamon ad c. 80 ep. c. Basil. (M. P. G. 138, 647, 650, Σ. IV, 242). Aehnlich viele andere z. B. Athanasius, Gregor Nazianz., Johannes Chrysostomus (M. P. G. 28, 254; 36, 382; 47, 586; 62, 141). Consequent wurde Bruch des Keuschheitsgelübdes bezw. Geschlechtsverkehr mit Regularen als Ehebruch beurtheilt, vgl. w. u. S. 156 A. 1.

scher Bedeutung und Auslegung auf solche ideal-religiöse Beziehungen übertragen [1]).

So sehr nun diese und ähnliche Momente dem eigentlichen Rechtsleben ferne standen, so mögen sie doch die practische Kirchendisciplin beeinflusst haben und namentlich macht es der jene Zeit charakterisirende innige Zusammenhang zwischen theologischer Exegese und dem Emporkeimen specifisch kirchlicher Rechtsgedanken sehr begreiflich, dass eine derartige Ausdrucksweise auch auf die kanonische Beurtheilung des civilrechtlichen Sponsalaktes eine gewisse Rückwirkung haben musste. Jedenfalls trug sie das Ihre dazu bei, dass die Kirche den durch Sponsalien begründeten Brautstand nicht als bloss vorbereitendes Stadium der Ehe ansah, sondern als ein selbständig und soweit verpflichtendes Verhältnis beurtheilte, dass es in Fragen der Moral und für bestimmte damit zusammenhängende Rechtsfolgen stets der Ehe gleichgestellt wurde und diese sich dann nur durch das consortium vitae und die daran geknüpften Wirkungen davon unterschied. Schon früh finden sich einzelne kirchliche Disciplinarnormen, welche entschieden auf dieser Auffassung beruhen, da sie sonst schwer verständlich und unvermittelt erschienen. So erklärt z. B. der 69. Kanon des Basilius (circa ao. 374) den geschlechtlichen Verkehr mit der eigenen Verlobten als minder strafbar wie jenen mit einer nicht Verlobten [2]). Die späteren Commentatoren begründen dies genau im Sinne der erwähnten kirchlichen Anschauung damit, dass es sich hier nur um Bestrafung wegen zu geringer Enthaltsamkeit handeln (ὡς μικροψυχήσας κολασθήσεται) könne, nicht aber um Unzucht, wie einige unter Hinweis auf den Unterschied von Ehe und Brautstand behaupten wollten. Denn es finde in diesem Falle kein Coitus furtivus

---

[1]) Vgl. insbes. die oben S. 136 A. 1 cit. cap. pract. des Symeon iun. (M. P. G. 61, 981).

[2]) ep. can. 3 ad Amphiloch. (ed. Pitra, I, 597, M. P. G. 32, 799): Ἀναγνώστης, εἰ τῇ ἑαυτοῦ μνηστῇ πρὸ τοῦ γάμου συναλλάξειεν, ἑνιαυτὸν ἀργήσας, εἰς τὸ ἀναγινώσκειν δεχθήσεται, μένων ἀπρόκοπος· κλεψιγαμήσας δὲ ἄνευ μνηστείας παυθήσεται τῆς ὑπηρεσίας, τὸ αὐτὸ καὶ ὑπηρέτης.

(κλεψιγαμήσας) mit einem fremden Weibe (οὐχὶ μετὰ ἀλλοτρίας πάντη γυναικός), sondern nur die Copula mit der eigenen Verlobten statt, wobei allein die τελεσιουργία τελείου γάμου (perfecti matrimonii mysterium) zur Legitimität und Erlaubtheit der Vereinigung fehle. Es müssten jedoch förmliche Sponsalien vorliegen, ein einfaches Eheversprechen mit nachfolgender Heirath entschuldige nicht (κἂν λόγους ἴσως ἐποιεῖτο μετ' αὐτῆς ὥστε λαβεῖν αὐτὴν εἰς γυναῖκα), ebensowenig der Umstand, dass die Braut eingewilligt habe (κἀκείνης θελούσης) [1]).

---

[1]) Balsamon C. ad c. 69 Basilii (M. P. G. 138, 766 sq., Σ. IV, 225): Ἀναγνώστου τινὸς συναφθέντος οἰκείᾳ μνηστῇ πρὸ τοῦ γάμου κατὰ θέλησιν καὶ αὐτῆς (τοῦτο γάρ ἐστι τὸ „συναλλάξειεν) ἠρωτήθη ὁ ἅγιος, εἰ ὀφείλει ὁ τοιοῦτος ὡς κλεψιγαμήσας εὐθύνεσθαι μετὰ τὸν γάμον. Ἔλεγον γάρ τινες, ὡς, ἐπεὶ ἡ μνηστεία οὐκ ἔστι γάμος τέλειος (δύναται γὰρ τὸ λαβὸν μέρος τὸν τὴν μνηστείαν συνιζῶντα ἀβράβωνα, διδόναι τοῦτον εἰς τὸ διπλοῦν, καὶ τὴν μνηστείαν λύειν), λογίζεται ὁ ἀναγνώστης μὴ μετὰ νομίμου γαμετῆς μιγῆναι, ἀλλὰ μετὰ ἐλευθέρας, καντεῦθεν συναριθμηθῆναι τοῖς κλεψιγαμήσασι. Φησὶν οὖν ὁ ἅγιος ὡς ὁ ἀναγνώστης οὗτος, ὁ μετὰ τῆς οἰκείας μνηστῆς πρὸ τοῦ γάμου σαρκικῶς ἑνωθείς, καθὸ μὲν μετὰ τῆς μεμνηστευμένης αὐτῷ συνεμίγη καὶ οὐχὶ μετὰ ἀλλοτρίας πάντη γυναικός, ὡς πορνεύσας οὐ λογισθήσεται· καθὸ δὲ οὐκ ἀνέμεινε καὶ τὴν τελείου γάμου τελεσιουργίαν ὡς μικροψυχήσας κολασθήσεται .... Ἐὰν δὲ, φησὶν, ἀναγνώστης συνέλθῃ μετά τινος γυναικὸς μὴ μνηστευθείσης αὐτῷ, κἂν λόγους ἴσως ἐποιεῖτο μετ' αὐτῆς ὥστε λαβεῖν αὐτὴν εἰς γυναῖκα, κἂν μετὰ τὴν ἕνωσιν καὶ εἰς γυναῖκα ταύτην ἔσχεν, οὐ μόνον οὐ προκόψει ἀλλὰ καὶ ἀπεντεῦθεν καθαιρέσει ὑποβληθήσεται, μὴ ὠφελούμενος ἐκ τοῦ μετὰ ταῦτα λαβεῖν αὐτὴν νόμιμον γαμετήν. Aehnlich äussern sich Zonares, Aristenus und Matthaeus Blast. (l. c. u. Σ. VI, 179). Dieselbe Frage behandelt die 2. Apokrisis des Nicetas arch. Thessalon. (Σ. V, 383, M. P. G. 119, 1002), wobei allerdings das Moment der Einsegnung bereits mitspielt. Die Entscheidung und Begründung ist jedoch die gleiche: Ὁ δὲ τῇ οἰκείᾳ μνηστῇ πρὸ τῆς τοῦ γάμου ἱερολογίας κληρικὸς συναφθείς, εἰ καὶ μὴ ὡς κλεψιγαμήσας λογίζεται, διὰ τὸ νομίζειν ὅτι ἀρκεῖ αὐτῷ πρὸς τὴν τῆς μνηστῆς συνάφειαν ἡ τῆς μνηστείας συνάφεια· ἀλλ' ὅτι ἠγνόησεν ὅλως, ἅπερ αὐτὸν οὐκ ἐχρῆν ἀγνοεῖν, διὰ τοῦτο προκριματίζεται, κἂν μετὰ τὴν χειροτονίαν καὶ τὴν ἱερολογίαν τοῦ γάμου ἐδέξατο. Vgl. w. u. § 55 und Zhishman S. 140, 389, 701; dass die Verlobte „strenge genommen seine Ehegattin sei", wie Zh. meint, sagt der Text nirgends. Nach Balsamons Commentar entschied Basilius nur, dass zwischen Verlöbnis und Ehe (μνηστεία und τελειὸς

Wir sehen somit die verschiedenartigsten Gründe zusammenwirken, um die bindende Kraft und den formellen Charakter des Sponsalvertrages zu erhöhen, sowie den Brautstand nicht nur als sittliches, sondern auch als rechtliches Verpflichtungsverhältnis in vielen Beziehungen der Ehe, wenn nicht gleichzustellen, so doch zu nähern. Dass diese kirchliche Auffassung, die der hohen Moral der ersten christlichen Zeiten vollständig entsprach, im praktischen Leben leicht Wurzel fasste, ward besonders durch den Umstand begünstigt, dass das weltliche Verlöbnisrecht grösstentheils nur für vermögensrechtliche Fragen präcise Normen enthielt, sonst aber mit Ausnahme einiger principieller Momente es der herrschenden Sitte und dem Gewohnheitsrechte überliess, Form und Bedeutung der Sponsalien näher festzusetzen. Die römisch-byzantinischrechtliche Definition der sponsalia war allgemein und dehnbar genug, um einer solchen Entwicklung kein Hindernis entgegenzusetzen. Die althergebrachten oder neu sich bildenden Verlöbnisgebräuche sowie die Volkssitte überhaupt, welche beide der Einwirkung der Kirche zugänglicher waren als das geschriebene Recht, vermochte die christliche Moral im Sinne der geschilderten Auffassung leicht zu beeinflussen, auszulegen und mit dem Gewande religiöser Symbolik zu umkleiden, ohne dass es der Festsetzung und Formulirung bestimmter Rechtssätze bedurft hätte. Die Kirche mahnte und rieth, empfahl und verurtheilte, und erreichte damit vielfach im Rahmen des bestehenden Civilrechts ohne Norm und Strafsanction ihr Ziel. Letztere wurden erst dort nothwendig, wo das Civilrecht einen vom kirchlichen wesentlich verschiedenen Standpunkt einnahm, oder wenn dies auch nicht der Fall war, keinen Stützpunkt für die kirchliche Lehre bot. Dies gilt namentlich für jene Frage, in welcher die kirchliche Gleichstellung von Ehe und Brautstand zum schärfsten Widerspruch zwischen canonischer und civilrechtlicher Doctrin führen musste, eine Frage, welche in der That praktisch

---

γάμος) nur die τελεσιουργία τελείου γάμου das unterscheidende Moment bilde, worunter man wohl die Hochzeitsfeierlichkeit zu verstehen hat.

und theoretisch [1]) den Angelpunkt der ganzen Entwicklung des griechischen Verlöbnisrechts bis zu den Novellen Kaisers Alexius I. Comnenus bildet: die Frage der Lösbarkeit der Sponsalien.

43. Der Standpunkt des justinianischen und byzantinischen Civilrechts in dieser Frage wurde schon (S. 103 fg.) präcisirt. Um jedoch die Tendenz der einschlägigen kirchlichen Rechtsentwicklung und Gesetzgebung klarer darlegen zu können, muss einiges davon wiederholt und zugleich die Frage noch einmal berührt werden, wie das Civilrecht jener Zeit die Verletzung der Verlöbnistreue bestrafte.

Vor allem ist festzuhalten, dass das weltliche Recht die einverständliche Lösung der Sponsalien als dem Wesen eines Consensualcontractes entsprechend stets gestattete, für einseitige Trennung jedoch frühzeitig eine bestimmte Kündigungsform [2]) vorgeschrieben hatte, selbst wenn das Verlöbnis nur durch

---

[1]) Einen Beleg hiefür gibt schon die in obiger Aeusserung Balsamons ad c. 69 Basil. (S. 150 A. 1) erwähnte Controverse, worin wiederholt, offenbar von civilistischer Seite, gegen die von Basilius vertretene Gleichwertigkeit von μνηστὴ und νόμιμος γαμετή (μνηστεία und γάμος τελειός) die Lösbarkeit der Sponsalien ausgespielt wird. Zeitgenossen Balsamons verlangten sogar, wie die Stelle besagt, volle Straflosigkeit für den Anagnosten, weil die Sponsalien nicht mehr gelöst werden könnten wie in jener Zeit: ὅτε ἡ μνηστεία συναινέσει συνίστατο καὶ ἐλύετο.

[2]) Gaius (l. 2 D. 24, 2): in sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere, in qua re haec verba probata sunt: ‚condicione tua non utor'. l. 9 Bas. 28, 7 verlangt für sponsalia die gleiche Scheideformel wie für matrimonium. Vgl. bes. das Scholion zu dieser Stelle. Hiezu oben S. 54 u. A. 1, S. 106 A. 4. Ein Scholion Thalelei ad l. 15 B. 28, 1 (= l. 1 C. J. 5, 1), ein Sch. Stefani ad l. 4 B. 28, 1, ebenso ein Zusatz in Harmenopoulos (ed. Heimbach 1851) IV, 1 § 9 stellen als Princip auf: non nude renuntiare, sed per repudium. Vgl. auch obcit. Nov. Leon. phil. 18 (Zach. J. G. R. III, 92) und Zonares (schol. Caesariensis?) ad c. 98 syn. trull. (P. II, 661, M. P. G. 137, 854 n. 10, Σ. II, 539): Ἔτι δηλονότι τῆς μνηστείας νόμῳ συνισταμένης καὶ διαζυγίου μὴ σταλέντος· δεῖ γάρ, φησὶν ὁ νόμος, ὡς ἐπὶ γάμου διαλύσεως, οὕτω δὴ καὶ ἐπὶ μνηστείας οὕτω στέλλεσθαι διαζύγιον δι' εὔλογον τυχὸν αἰτίαν ἤ τοι . . . (folgen die versch. Lösungsgründe). Das Citat Pitra's ad v. νόμος (l. 45 § 4 D. 23, 2) l. c. n. 6 ist unver-

die Eltern für die filia non emancipata geschlossen worden war[1]). Wie schon erörtert, gab das älteste Recht bei einseitiger, nicht begründeter und unförmlicher Trennung eine Klage auf das Interesse, das spätere ius vetus bestrafte die Eingehung zweiter Sponsalien oder anderweitiger Ehe ohne förmliche Kündigung des ersten Verlöbnisses mit der Censorenrüge, das Edict des Praetors mit der Infamie. Dass eine Begründung des repudium verlangt war, lässt sich nicht erweisen, aus der Lösungsformel ergibt sich das Gegentheil.

Die genannten Strafen und der ihnen zu Grunde liegende Gedanke haben während der laxen Sitten der Kaiserzeit, mit der Entwicklung der freien Ehe, ihren einstigen Wert ein-

---

ständlich. Zhishman S. 391, 392 nimmt mit Berufung auf l. 1 C. 5, 1 (l. 15 B. 28, 1) das Erfordernis des repudium bei einseitiger Auflösung nur für das formelle Verlöbnis mit Stipulation an, nicht aber für das Verlöbnis ohne St. Dem widerspricht ausdrücklich das oben S. 140 Anm. cit. Scholion Stefani ad l. 1 B. 28, 1, sowie das obcit. Schol. Thalelei. S. 660 bezieht Zh. die cit. Codexstelle wieder nur auf die einverständliche Sponsalienlösung, behauptet, dass Leo Nov. 18 für jede Trennungsart eine ausdrückliche Erklärung fordere, was durch kein Wort der Novelle bestätigt wird, und erklärt, dass die Kirche für jedes bürgerliche Verlöbnis bei einseitiger Trennung die Form des begründeten repudium verlangt habe. Letzteres ist richtig, darf aber nicht allgemein mit civilrechtlichen Quellen belegt werden, am wenigsten aber mit solchen des vorjustinianischen Rechtes, denn diese verlangen allgemein nur die Form des repudium, erst die Kaiser Leo und Anthemius und mit ihnen das nachjustinianische Recht verlangen begründetes repudium, aber nur für das formelle (mit arrha sponsalitia geschlossene) Verlöbnis. Hierüber noch unten S. 158. Das jüdische und altgriechische Recht verlangte für die (feierliche) Verlobung wie für die Ehe den Scheidebrief. Vgl. Meyer, Rechte der Israeliten, Athener und Römer, II, 370 fg., Freisen, aaO. S. 97, 769 A. 1, 830.

[1]) l. 10 D. 23, 1 (l. 8 B. 28, 1, Epan. 20, 6). Dasselbe galt für die tutores, wobei noch der Consens des Mädchens erforderlich war (l. 6 D. 23, 1 = l. 4 B. 28, 1, Proch. II, 2, Epan. 20, 1). Das Verlöbnis der emancipata löste nur diese selbst. Vgl. auch S. 154 A. 5 und Zhishman S. 660.

gebüsst; auch wurden die rechtlichen Folgen der Infamie [1]) im Laufe der Zeit theilweise aufgehoben. Die spätere Gesetzgebung (l. 5 C. 5, 3, l. 2 C. 5, 5, l. 18 C. 9, 9, Nov. Just. 89 c. 12 § 5) hat meist nur Doppelehe oder Sponsalien ficto caelibatu im Auge. Justinians Digesten und die Basiliken nahmen zwar die Sätze des praet. Edictes [2]) auf, praktische Anwendung fanden sie wohl kaum mehr. Dagegen versuchte man offenbar frühzeitig den Fall anderweitiger legitimer Verheirathung ohne Kündigung des früheren Verlöbnisses strenger zu qualificiren, d. h. ihn unter das Rescript des Severus und Antoninus [3]) zu stellen, welches den Ehebruchsbegriff auch auf die unsittliche (carnale) Verletzung des Verlöbnisses ausdehnte. In der That war diese Interpretation schon dadurch nahe gelegt, dass die auf diesem Falle stehende prätorische Strafe der Infamie ja auch eine eo ipso eintretende Folge des Ehebruchs [4]) war. Nur für die durch ihren Vater anderweitig verheiratete sponsa verneint Papinian [5]) die Anwendbarkeit der Ehebruchsklage und zwar consequent, denn letztere gieng nur gegen die unzüchtige Verlobte und gegen ihren Verführer oder Entführer (ob. S. 53 fg., 102 fg.). Auch Ulpian gab l. 10 D. 23, 1

[1]) Vgl. Rudorff, r. Rg. II, 415, Puchta, Curs. der Inst. II, 103, siehe oben S. 47 fg., 105 A. 4.

[2]) Vgl. oben S. 48, 53, 103 und l. 5 B. 29, 3, l. 35 B. 28, 5, l. 59 B. 60, 37. Proch. VI, 4, Proch. auct. I, 26, ed. Zach. p. CLXXVII, 41.

[3]) Oben S. 53, 102.

[4]) Rudorff r. Rgsch. II, 379 fg., 416 A. 20. Zhishman S. 578, 585 fg., 667 fg.; cf. l. 43 § 12 D. 23, 2, Paul. Sent. II, 26 § 14, Tacitus Ann. I, 53, II, 85, IV, 71, Suet. Oct. 65, Vell. Pat. II, 100.

[5]) l. 11 § 7 D. 48, 5, hiezu oben S. 54, 103, 153 A. 1. Zur entsprechenden Basilikenstelle (l. 13 B. 60, 37: si desponsam mihi pater eius alii matrimonio iunxerit, non possum eam adulterii accusare) bemerkt ein Scholium Dorothei ausdrücklich: quia pater potuit solvere sponsalia et quod ei filia consenserit conjungenti eam alteri non committit adulterium: hoc enim ex turpi affectione committitur. Dazu werden l. 9 B. 21, 2 (= l. 9 D. 3, 2, oben S. 101 A. 1) und l. 15 B. 28, 1 (= l. 1 C. 5, 1) citirt. Vgl. auch Zhishman S. 660 und noch unten S. 159.

(oben S. 153 A. 1,) dem pater familias das Recht die sponsalia der Haustochter eigenmächtig zu lösen. L. 1 C. 5, 1 hat wahrscheinlich nur diesen Fall im Auge.

Man liess somit die poena adulterii, welche allgemeine Strafe für Delicte gegen die Reinheit des Eheinstituts war (Jncest, Ehebruch, Kuppelei etc.), auch bei unzüchtiger Verletzung des eigenen oder eines fremden Verlöbnisses eintreten. Dass sogar die gleiche Strenge des Strafausmasses beibehalten wurde (oben S. 104), zeigt deutlich den beginnenden Einfluss kirchlicher Beurtheilung des Verlöbnisses. Auch die Kirche verhängte frühzeitig, wie namentlich die Busskanones des hl. Basilius beweisen, die Ehebruchsstrafe (κρίμα τῆς μοιχαλίδος, ἔγκλημα τῆς μοιχείας, 4—9, 15jährige, ja lebenslängliche Excommunication) auf alle Delicte gegen die Ehe [1]),

[1]) Ehebruch: Constit. apostol. I, 4, 5, Basilius c. 7, 9, 21, 34, 37, 39, Conc. Ancyra c. 20, Conc. Trull. c. 87 (Pitra, I, 114, 447, 581, 588, 592, II, 69); Incest: Basilius c. 68, 75, 76, 78, 79 (P. I, 597 squ.), Affinitas spiritualis: Conc. Trull. c. 53, Nicephor c. 124 (P. II, 51, 339, Photius Synt. XIII, 2, M. P. G. 104, 894). Strafausmass: c. 14 epit. apost., c. 20 Ancyr. Conc., c. 16 Conc. Calcedon., c. 7, 9, 22, 34, 39, 48, 58, 59, 74, 77 Basilii, c. 87 Conc. Trull. (P. I, 106, 447, 528, 581 squ., II, 64, Nomokan. L tit. 42 bei Voell. et Iust. II. 652, Photius Synt. XI, I, XIII, 2); Ausschluss von Ordination: c. 61 can. ap., c. 8 C. Neocaesar., Nomokan. XIV tit. 1, 32, bes. Strafe für Priesterfrauen: c. 99, 126, 127, 173 Nicephor., c. 3 Conc. Trull. (P. I, 28, 452, II, 24, 337 squ., 479); Unterschied zwischen adulterium (μοιχεία) und fornicatio (πορνεία) in Begriff und Strafausmass wird oft ausdrücklich betont: so in c. 21, 46 Basilii, c. 4 Gregor. Nyssen. (P. I, 623, cf. Balsamon ad l. c.), Zonares ad c. 48 can. ap.; bes. interessant ein Scholion (Zonarae?) ad c. 19 Basilii ep. 2 (im Cod. Amerbach.): δοκεῖ δὲ ὁ ἅγιος αὐτὸς ἑαυτῷ ἐναντιοῦσθαι: ἐν μὲν τῷ κανόνι τούτῳ λέγων τοὺς μοναχοὺς τῷ τῶν πορνευόντων ἐπιτιμίῳ ὑπάγεσθαι ψευσαμένους τὴν ὁμολογίαν αὐτῶν· ἐν δὲ τῷ ξ' κανόνι τῷ τῆς μοιχείας ἁμαρτήματι τοὺς ἐκπίπτοντας μοναχοὺς καταδικάζων· μήποτε οὖν τῷ τῆς πορνείας ὀνόματι ἀντὶ τῆς μοιχείας ἐχρήσατο· ὡς καὶ ὁ Κύριος . . . . καὶ ὁ Ἀπόστολος δὲ ἐν τῇ πρὸς Ῥωμαίους ἐπιστολῇ τὸ τῆς πορνείας ὄνομα καὶ ἀντὶ τῆς μοιχείας παρέλαβε λέγων . . . μοιχείας οὐ μήμνηται, ὡς διὰ τῆς πορνείας καὶ ταύτην δηλώσας· ἐοίκασι γὰρ ἀλλήλοις τῇ τε πράξει καὶ παρανομίᾳ εἰ καὶ τῇ ποιότητι τῆς ἁμαρτίας καὶ τοῖς ἐπιτιμίοις διαφέρουσιν (M. P. G. 138, 655 n. 8). Vgl. auch Patr. Johannes Xiph. decr. 2 de sponsalibus (1067), unten § 52 u. 63. Verhältnis zur weltl. Strafe:

sowie auch auf unsittliche Verletzung des Verlöbnisses [1]). Art und Ausmass der Ehebruchsstrafe hatte nach weltlichem Rechte ebenso die Nichtigkeit des zweiten unsittlichen Verhältnisses, wie meist auch die Lösung des ersten verletzten Ver-

---

Nomocan. XIV tit. IX, 29 (P. II, 564), Comm. Balsamon. ad c. 87 C. Trull. (M. P. G. 137, 807 squ.), c. 130—136, 145, 151 Nicephor. (P. II, 340 squ.), c. 21 Basil. ep. 2 (P. I, 588). Man vgl. ferner Photii Nomocan. IX, 29, XIII, 5 mit einschlägigen civilrechtlichen Scholien (Σ. I, M. P. G. 104), dann den entspr. Commentar von Balsamon, Zonares, Aristen (Σ. II—IV, M. P. G. 137 und 138), endlich Zhishman S. 578, 584, und Zachariae, griech.-röm. R. S. 341 fg.

[1]) Unzucht: c. 25 (24) conc. Ancyra (Pitra, I, 448, hiezu Zhishman S. 367, 571, 584 und Balsamon comm. ad l. c. M. P. G. 137, 1194; 138, 671), cf. c. 37 Bas. ep. can. 2, welcher von Balsamon comm. ad l. c. (M. P. G. 138, 703) auch auf die sponsa bezogen wird. Hierüber unten § 46. Auch der Bruch des Keuschheitsgelübdes durch anderweitigen Geschlechtsverkehr, ja selbst legitimen wurde als adulterium bestraft, denn die virgo sacrata galt als sponsa domini: c. 18 Basil. (P. I, 587, Balsamon comm. M. P. G. 138, 647, Σ. IV, 146), vgl. oben S. 148 A. 3. Ueber Raub fremder sponsa cf. c. 11 conc. Ancyr. u. c. 22 Basil. ep. can. 2 (P. I, 445, 589, Balsamon comm. M. P. G. 137, 1154; 138, 662, Σ. III, 42, IV, 152), hiezu Zhishman, S. 391, 569, Freisen, aaO. S. 155. Bezüglich des Standpunktes des weltlichen Rechtes ist das Scholion in Photii Nomokanon (und Syntagma) XIII, 5 hervorzuheben, welches zu den aufgezählten kirchl. Normen bemerkt: de stupro, adulterio atque paedicatione tractat lex in lib. IX. cod. tit. 9 et lib. XLVIII titulo 5, talia delinquentibus poenam inducens capitalem. Ubi (etiam) dicitur, quod adulterii accusatio non solum ob stupratam legitimam conjugem, verum etiam de instabili atque illegitimo matrimonio et sponsalibus et de concubinatu instituatur (M. P. G. 104, 915, 1194, Σ. I, 301). Gemeint ist l. 7 C. IX, 9 u. l. 11 § 4, l. 13 § 3, 8 D. 48, 5, oben S. 53, 103. Vgl. ferner noch Ekloga 28, 11—13 (Zachariae, coll. libr. iur. Gr. Rom. Lipsiae 1852) Prochiron auct. I, c. 21, 26, (Zach. ed. Proch. p. CLXXV), c. 67 can. ap., c. 22, 25, 30 ep. can. 2. Basilii, c. 92 conc. Trull. = c. 27 Chalced. conc. (Pitra, I, 29, 532, 590 squ., II, 66, 384), Balsamon comm. l. c. (M. P. G. 137, 171, 827; 138, 662, 671, 687), Photius Synt. (M. P. G. 104, 786, 918, 1127), id. Nomocan. (ib. 104, 1130, 1198), u. v. andere Belegstellen, welche deutlich den Unterschied in der Beurtheilung von Vergehen an der sponsa aliena und der nondum desponsata, sowie die Annäherung der kirchl. Verlöbnislehre an die für die Ehe festgehaltenen Principien entnehmen lassen. Einzelnes auch bei Zhishman, S. 390, 561 fg. 566, 584 fg. 667.

löbnisses zur Folge, denn Ehebruch war vernichtendes Ehehindernis [1]) und Infamie schuf seit der lex Julia de mar. ord. bestimmte Beschränkungen der Ehefähigkeit [2]), die allerdings, wie schon bemerkt, gegen das Ende der Kaiserzeit wieder wegfielen. Die Kirche acceptirte zwar die erstere Straffolge [3]), liess aber

---

[1]) Oben S. 104 A. 6, l. 26 D. 23, 2 (l. 11 B. 28, 5), l. 29 § 1, l. 36 D. 48, 5 (l. 65 B. 60, 37 und Schol. Theodori l. c.), c. 12 Nov. Just. 134 (l. 8 B. 6, 19), l. 9, 27 C. Just. 9, 9 (l. 66 B. 60, 37), Photius Nomocanon XI, 1 (M. P. G. 104, 842, Σ. 1, 252), Prochiron, VII, 24, Michael Attaliata t. 70 (Leunclav. II, 63). Rudorff, aaO. II, 382, Zhishman, S. 587, theilweise dagegen Puchta, Inst. II, 399. Das Ehehindernis wegen Ehebruch galt nach c. 37 Basilii (Pitra, I, 592, M. P. G. 138, 703, Σ. IV, 181) nur gegenüber der Person, mit der die Ehe gebrochen wurde: Μετὰ τὸ ἀφαιρεθῆναι τὴν ἀλλοτρίαν ὁ γαμήσας, ἐπὶ μὲν τῇ πρώτῃ, μοιχείας ἐγκληθήσεται, ἐπὶ δὲ τῇ δευτέρᾳ ἀνεύθυνος ἔσται. Balsamon bestreitet in der cit. Stelle seines Commentars sogar die ehehindernde Wirkung des Ehebruchs für die ältere Zeit: Ὡρίσθησαν δὲ ταῦτα παρὰ τοῦ ἁγίου διὰ τοὺς λέγοντας μὴ ὀφείλειν τὸν μοιχὸν δευτέρᾳ συνάπτεσθαι γυναικὶ ὡς κεφαλικῇ καταδίκῃ ὑποπίπτοντα καὶ μὴ δυνάμενον συναλλάττειν κατὰ τὸν παλαιὸν νόμον τὸν κρατοῦντα ἐν ταῖς ἡμέραις τοῦ ἁγίου Βασιλείου, δηλονότι πρὸ τῆς ἀνακαθάρσεως. Κἂν γὰρ κεφαλικῇ τιμωρίᾳ ὑπόκεῖταί τις διὰ τὴν μοιχείαν, ἀλλὰ γάμον συναλλάττειν οὐ κεκώλυται, καὶ διὰ τοῦτο οὐκ ἐπιτιμηθήσεται χάριν τούτου. Ἡολλῷ δὲ πλέον οὐ κολασθήσεται σήμερον ὁ τοιοῦτος, ὅτι κεφαλικὴ τιμωρία περιγράφη καὶ κολάζεται ὁ μοιχὸς μόνῃ ῥινῶν ἐκτομῇ καὶ πραγμάτων ἀφαιρέσει. Καὶ ἀνάγνωθι τὸ πβ΄κεφ. τοῦ λζ΄τιτ. τοῦ ξβ΄βίβλου, (l. 82 B. 60, 37), καὶ λβ΄τὴν Νεαρὰν τοῦ βασιλέως κυρίου Λέοντος τοῦ Φιλοσόφου. Ταῦτα δὲ χώραν εἶχον, ὡς ἐμοὶ δοκεῖ, ὅτε μόνῃ διαθέσει συνίστατο ὁ γάμος; Ἀρτίως γὰρ ἐπεὶ μετὰ ἱερολογίας οἱ γάμοι καὶ αἱ μνηστεῖαι προβαίνουσιν, ἄλλως γυναικὶ ὁ μοιχὸς οὐ συζευχθήσεται, εἰ μὴ ἀπὸ τῶν ἐπιτιμίων τῆς μοιχείας ἀπολυθῇ, τῶν δηλουμένων εἰς τὸν νη΄ κανόνα τοῦ παρόντος ἁγίου (c. 58 S. Basil., Σ. IV. 216, M. P. G. 104, 754). Es liess somit die spätere Praxis (12. Jahrh.) wegen der Bedeutung der Einsegnung das Ehehindernis bis zur Abbüssung der kirchlichen Strafe bestehen. Stuprum und Fornicatio begründen nach c. 25, 26 S. Basilii (P. I, 590, Balsamon Comm. M. P. G. 138, 671 squ., Σ. IV, 157 squ.) kein Ehehindernis für die Delinquenten, lösen aber ein bestehendes Verlöbnis auf (Leon. Nov. 93, Zachariae J. G. R. III, 189 squ.).

[2]) Rudorff v. Rg. II, 415. Puchta, Inst. II, 103.

[3]) Nomocanon L tit. 42 (Voell. et Iust. II, 652), Photii Nomocan. XIII, 1 (Σ. I, 252), Balsamon und Zonares ad c. 39 S. Basil. (Σ. IV, 185),

wegen der von ihr vertretenen Verflichtungskraft des Verlöbnisses die Aufhebung der verletzten Sponsalien nicht zu. Nach c. 11 conc. Ancyra musste eine entführte Braut selbst nach erfolgter Vergewaltigung dem sponsus zurückgegeben werden, der dann die Entscheidung über die Fortdauer des Verlöbnisses hatte (vgl. c. 22 Basilii). Auch c. 25 ders. Synode (Unzucht mit der Schwester der sponsa) spricht Lösung des durch Incest verletzten und trotzdem fortgesetzten Verhältnisses nicht aus, nur indirect ergibt sich diese aus dem angewendeten Strafausmasse [1]).

Ein weiterer Einfluss der kirchlichen Anschauung bezüglich der Verpflichtungskraft des Verlöbnisses macht sich gegen Ende des fünften Jahrhunderts und in der Codification Justinians geltend. Die weltliche Gesetzgebung griff den Unterschied in unförmliches und förmliches Verlöbnis auf und setzte, für ersteres an der Form des repudium festhaltend, für letzteres, wobei die Vereinbarung des Reugeldes für den solennen Charakter des Verlöbnisses rechtlich entschied, das Erfordernis des begründeten repudium fest (l. 16 C. 1, 4 = l. 5 § 3—5 C. V, 1: Constit. Leo et Anthemius ao. 472). Das Gesetz gab zugleich, allerdings nicht taxativ, die Gründe [2]) an, bei welchen das repudium nicht auch den Verfall des Reugeldes zur Folge haben sollte, in allen anderen Fällen trat auch der genannte vermögensrechtliche Nachtheil ein, wenn nicht der Zeitraum, für welchen das Gesetz die Verlöbnisverpflichtung fortbestehen liess [3]), verflossen war. Abgesehen von dieser für jedes Verlöb-

---

Matth. Blastares (Σ. VI, 377) und die weiteren bei Zhishman S. 588 A. 1 und 2 f. cit. Stellen.

[1]) Man vgl. zum Gegenstande Zh. 391, 569, 578, 584 fg.

[2]) Die spätere Gesetzgebung hat diese Gründe erweitert oder modificirt, vgl. l. 2, 3, 5 C. 5, 1, l. 56 C. 1, 3 Nov. Just. 123 c. 39, Proch. II, 5, 9, IV, 13, Ecloga I, 3, II, 13, Nov. Leon. 93, l. 15 Bas. 28, 1, l. 2, 3, 5 Bas. 28, 2, Photius Nomocanon XI, 1 (Σ. I, 249), Balsamon und Zonares (Schola Caesariensis?) ad c. 98 syn. Tr. u. c. 69 ep. can. Basil., Matthaeus Blast. (Σ. II, 539, IV, 226, VI, 183).

[3]) l. 17 D. 23, 1, l. 2 C. 5, 1, l. 2 C. 5, 17, oben S. 103 u. w. u. § 45.

nis geltenden, in bestimmten Fällen ausdehnbaren Wartepflicht der Verlobten, welche für die gesetzlich fixirte Zeit eine gewisse principielle Fortdauer der Gebundenheit [1]) in sich schliesst, waren somit für die einseitige Lösung des solennen Verlöbnisses, ausser einer bestimmten Form, auch bestimmte Gründe aufgestellt, welche wiederum entweder einfache oder eine zu Ungunsten des schuldigen Theils qualificirte Wirkung äusserten. Auf Vernachlässigung dieser Form und Begründung stand aber immer noch die einzige Strafe der Infamie, während die poena adulterii auf den qualificirten Fall unzüchtiger Verletzung eines eigenen oder fremden Verlöbnisses beschränkt blieb.

Der Kirche, welche den Gesichtspunkt ethischer und socialer Gleichwertigkeit des Brautstandes und der Ehe vertrat, konnte diese Reform nicht genügen. Abgesehen von der illusorischen Strafsanction der Infamie blieb ja einerseits die vertragsmässige Lösung aufrecht erhalten und konnte zur Umgehung des Gesetzes dienen, andererseits war dieses auf die feierlichen Verlöbnisse beschränkt und der vermögensrechtliche Nachtheil des Reugeldverlustes dürfte bei den niederen Schichten des Volkes, wo die arrha mehr symbolischen Werth hatte, auch von ziemlich problematischer Bedeutung geblieben sein. Wollte die Kirche nun ihre Grundsätze über die Lösung der Ehe auf jene des Verlöbnisses übertragen, so musste sie wie bei dieser, ihre Opposition sowohl gegen die Lösbarkeit communi consensu, als auch gegen die einseitige Lösung, bezw. gegen die Heirat einer derartig getrennten sponsa richten.

In ersterer Richtung haben wir in den kirchlichen Quellen des Orients nur den einen Anhaltspunkt, dass diese, wo immer von Sponsalientrennung die Rede ist, nirgends der einverständlichen Lösung mehr Erwähnung thun, sondern nur der einseitigen, begründeten und förmlichen Trennung. Die oben S. 150 A. 1 u. 152 A. 1 berührte Stelle in Balsamons Commentar [2]) spricht

[1]) Vgl. hiezu noch l. 11 D. 3, 2, Ecloga I, 3, Proch. I, 9, 10, Matth. Blast. III, 10, 5. M. P. G. (119, 1287, Σ. VI, 183). Zhishman S. 662 und unten § 45.

[2]) ad c. 69 Basil. (M. P. G. 138, 766, Σ. IV, 225).

allerdings von der Lösung consensu, hat jedoch sichtlich nur den civilrechtlichen Standpunkt im Auge. Die Kirche scheint diese Lösungsart nur perhorrescirt, aber nicht zum Gegenstande bestimmter Praxis und Normirung gemacht zu haben. Dies war wohl auch der einzig mögliche Weg, den die Kirche einschlagen konnte, da die weltliche Gesetzgebung mit kurzen Unterbrechungen [1]) an der einverständlichen Lösung der Ehe festhielt, diese also umsomehr bei Sponsalien zulassen musste. Wir könnten daher den kirchlichen Ausschluss dieser Lösungsart nur für jene Zeit vermuthen, in welcher dieselbe auch civilrechtlich für die Ehe und später für das Verlöbnis ausgesprochen worden war (Alexius I Comnenus Nov. 14, ao. 1092).

In der zweiten Richtung scheint die Kirche frühzeitig den Standpunkt vertreten zu haben, dass nur die für die civilrechtliche Lösung der Ehe festgesetzten Gründe mutatis mutandis zur einseitigen Verlöbnistrennung berechtigen sollten. In Praxis übersetzt war dies eine Einschränkung der Lösungsmöglichkeit des Verlöbnisses auf die civilrechtlich für das formelle Verlöbnis festgesetzten Gründe. Ob die Kirche dabei auch den Unterschied zwischen formellen und unfeierlichen Verlöbnissen festgehalten oder ihre strengere Auffassung auf jede Verlobung ausgedehnt habe, lässt sich aus den Quellen nicht bestimmen. So weit dieselben diese Frage berühren, wird nur allgemein von Sponsalien gesprochen und, wie schon bemerkt, nur eine begründete

---

[1]) Trotz der Novellen Justinians 117 c. 10 u. 134 c. 13 (l. 4 Bas. 28, 4) war ein solches divortium communi consensu in der Praxis giltig und wurde durch die zweite Novelle Justins (ao. 566) wieder ausdrücklich anerkannt (cf. l. 8, 9 C. 5, 17). Gerade der 87. trull. Kanon richtet sich gegen diesen civilrechtlichen Grundsatz. Vgl. auch Photius Synt. XIII, 4 (P. II, 615, M. P. G. 104, 910, 1190, Σ. I, 294), Nov. Iust. 22 c. 15, Ecloga II, 12, 13, Epanagoge XXI, 4 (Zachariae Collectio p. 137), Proch. XI, 4, l. 6, 7, 8, Bas. 28, 7. Balsamon u. Aristen ad c. 9 Basil., c. 48 Apost. u. c. 87. Trull. (M. P. G. 137, 134, 807; 138, 622, Σ. II, 63, 505, IV, 120) Nov. inc. in Ecloga priv. aucta II, 7, 18 (Zach. J. G. R. III, 61), Peira XXV, 37, 62, LXVIII, 6, Matth. Blast. (M. 119, 1278, Σ. VI, 175), Zhishman S. 99 fg., Zachariae, gr. r. R. S. 79, 80 n. 193.

und förmliche Lösung zugelassen [1]), Die Quellensätze, die Zhishman, S. 382, 659 fg. zum angeblichen Beweise dafür anführt, dass die Kirche diese Praxis nur bei dem stipulirten bürgerl. Verlöbnis angewendet habe, kann ich nicht als stichhältig anerkennen, da sie civilrechtlichen Ursprungs sind, nur den Standpunkt der weltlichen Gesetzgebung darlegen und da die canonische Möglichkeit unbegründeter Lösung selbst des einfachen Eheversprechens der christlichen Moral und der ganzen bisher geschilderten Entwicklung widersprochen hätte.

β. Can. 98 Synodi Trullani (692).

44. War schon damit ein Gegensatz zum Civilrechte geschaffen worden, so verschärfte sich derselbe noch mehr dadurch, dass die Kirche im 7. Jahrhundert die Wiederverheirathung bei unbegründeter Lösung der ersten Sponsalien unter dieselbe Strafsanction stellte wie die unzüchtige Verletzung des Verlöbnisses, nämlich unter die Ehebruchsstrafe. Mit dieser im 98. Kanon der trullanischen Synode (692) ausgesprochenen Norm fand die bisher geschilderte Lehre der Kirche ihre erste, gegen den Standpunkt der weltlichen Gesetzgebung gerichtete Formulirung und ein Vergleich dieser Entscheidung mit dem gegen die Ehetrennung bezw. Heirat einer dimissa gerichteten 87. Kanon derselben Synode stellt ausser Zweifel, dass die Kirche die volle Gleichwertigkeit von Ehe und Sponsalien in der gedachten Richtung aussprechen wollte.

Diese principielle Norm ist für die ganze spätere Entwicklung des Verlöbnisrechtes der griechischen Kirche von entscheidendem Einflusse gewesen.

Can. 98 lautet: Ὁ ἑτέρῳ μνηστευθεῖσαν γυναῖκα, ἔτι τοῦ μνηστευσαμένου ζῶντος, πρὸς γάμου κοινωνίαν ἀγόμενος, τῷ τῆς

[1]) Man vgl. insbes. die oben S. 152 A. 2 angeführte Stelle aus Zonares Comm. ad c. 98 syn. Trull. (Schola Caesariensis?), welche ausdrücklich das Erfordernis von διαζύγιον (repudium) und εὔλογος αἰτία (iusta causa) betont. So auch Matth. Blast. III, 10, 5 (Σ. VI, 183, M. P. G. 119, 1287).

μοιχείας ὑποκείσθω ἐγκλήματι [1]). Wer die Verlobte eines Anderen zu dessen Lebzeiten ehelich heimführt, soll der Ehebruchsstrafe unterliegen.

So prägis der Tenor dieser Entscheidung auf den ersten Blick scheinen mag, ihre Fassung wird dennoch bei genauerer Prüfung so dehnbar, dass nicht nur die weiteste Interpretation Spielraum findet, sondern auch verschiedene einschlägige Fragen an der Hand derselben gar keine Lösung finden. Vier Punkte waren es hauptsächlich, die durch diese Norm positivrechtliche Basis erhielten und in ihrer praktischen Consequenz die ganze spätere Verlöbnislehre bestimmten.

Analysiren wir die Norm, so finden wir einmal vorausgesetzt, dass eine wirkliche Verlobung erfolgt sei und noch zu Recht bestehe. Was die erste Prämisse betrifft, so können wir aus dem allgemeinen Ausdrucke μνηστευθεῖσα (desponsa) nicht entnehmen, welche Verlobungsart die Kirche im Auge hatte. Berücksichtigen wir jedoch die Grundidee der oben S. 135 fg. dargestellten kirchlichen und volksthümlichen Sponsalienunterscheidung, sowie das strenge Ausmass und die Qualification der normirten Strafe, so liegt die Annahme nahe, dass die Kirche sich hier nicht auf das einfache Eheversprechen, sondern auf jene feierlichen Sponsalien bezog, welche mit ihren civilrechtlichen Bestärkungsmitteln und den die geistige Uebergabe symbolisirenden Ceremonien ein der ehelichen Gebundenheit nahekommendes Verpflichtungsverhältnis begründeten. Jedenfalls hätte eine Auslegung im ersteren Sinne bedeutende praktische Schwierigkeiten hervorgerufen, welche den ohnehin schon bestehenden Gegensatz zur Lehre des Civilrechts noch mehr verschärft haben würden [2]). Alle späteren Quellen bestätigen diese

---

[1]) Pitra, II, 69: Qui alteri desponsam mulierem, eo adhuc vivo cui desponsa est, in nuptiarum ducit societatem, adulterii crimini subiiciatur. Photius Synt. XIII, 2, 4 u. Nomocanon XIII, 2 (M. P. G. 104, 894, 911, 1167, Pitra, II, 611, Σ. I, 275) citiren den Kanon ohne Commentar. Ueber die Interpretation der späteren Doctrin vgl. w. u. S. 170 A. 1. u. S. 174 fg.

[2]) Auf diesen Gegensatz weist die 74. Nov. Leo des Weisen und die 7. Nov. Kaisers Alexius I. Comnenus (1084) ausdrücklich hin. Da hiebei

Annahme (vgl. vorige Anm.). In denselben wird der Kanon auch auf die Verlobte bezogen, die einen Anderen als ihren Verlobten vor Lösung des Verlöbnisses heiratet [1]). Die Bedingung, dass die Verlobung noch zu Recht bestehe und der Heimführende darum wisse, ist naturgemäss die zweite vom Kanon (indirect) geforderte Voraussetzung; doch lässt dieser unentschieden, ob diese Voraussetzung schon durch den factischen Bestand eines anerkannten Lösungsgrundes oder erst durch die vom weltlichen Gesetze vorgeschriebene formelle Geltendmachung mittelst repudium ausgeschlossen werde. Dass man aber in diesem letzten Sinne

---

stets der Lösungsmöglichkeit durch Reugeldverlust Erwähnung gethan wird, bezog man offenbar den Kanon nur auf das feierliche Verlöbnis. Dies geht auch aus den Commentaren des Balsamon und Zonares zu diesem Kanon hervor. Balsamon bemerkt z. B., dass die Kirche die civilrechtliche Lehre nicht acceptire, sobald einmal arrha und osculum gewechselt sei. Vgl. S. 135 A. 1, S. 139 Anm., besonders die ebendort citirte Bemerkung des Balsamon und Zonares über die Nichtanwendung des 98. trull. Kanons bei unförmlichem Eheversprechen, ebenso Matthaeus Blastares l. c. Seit Alexius I. Comnenus gehen jedoch die meisten Commentatoren nur mehr auf die Unterscheidung zwischen eingesegnetem und nicht eingesegnetem Verlöbnisse ein, wie dies die oben bezeichnete Nov. selbst thut. Mit dieser war dann auch der Widerspruch zwischen kirchlicher und civilrechtlicher Lehre verschwunden. Als infolge dessen die benedicirten Sponsalien der Ehe ganz gleichgestellt wurden und die Anwendung dieses Kanons sich von selbst ergab, wurde derselbe auch auf die nicht benedicirten Sponsalien trotz ihrer civilrechtlichen Wirkungslosigkeit angewendet, wenn sie nur überhaupt rechtsbeständig, d. h. nach dem siebten Jahre geschlossen waren und die symbolischen Uebergabsformen stattgefunden hatten. Vgl. die Balsamon zugeschriebenen Scholien ad Photii Nomocanon XIII, 4, 5 (M. P. G. 104, 1194, Σ. 1, 300, Prochir. auct. 1, 23 squ. ed. Zachariae Proch. p. CLXXVI), vgl. unten § 54 fg.

[1]) Balsamon l. c. (Σ. II, 541, M. P. G. 137, 855): Μὴ θαυμάσῃς δὲ, ὅτι περὶ τῆς γυναικὸς οὐκ ἐθεσμοθετήθη τι παρὰ τῶν Πατέρων· εἰ γὰρ κολάζεται ὁ ταύτην ἀγόμενος, δυνάμενος ἴσως προβαλέσθαι καὶ ἄγνοιαν, πόλλῳ πλέον ἡ γυνὴ τιμωρηθήσεται, ἡ μηδὲν τοιοῦτον εἰπεῖν ἐξισχύουσα ζῶντος τοῦ μνηστῆρος αὐτῆς. Ἐκεῖνος μέν τοι ὡς μοιχὸς τιμωρηθήσεται, ὁ ἐν εἰδήσει τὴν μεμνηστευμένην ἑτέρῳ γαμήσας· ἡ δὲ γυνὴ, ὡς ἂν ἔχῃ τὸ πρᾶγμα, ὡς μοιχαλὶς κολασθήσεται. Die Position der μνηστὴ ist also ungünstiger, da sie den Vorwand der ignorantia (ἄγνοια) nicht vorbringen kann. Vgl. noch unten S. 170 Anm. 1.

entsprechend dem oben geschilderten Standpunkte der Kirche interpretirte und damit sich mit dem weltlichen Rechte [1]) und wahrscheinlich auch mit Sitte und Volksgebrauch in Einklang stellte, ergibt sich aus der schon mehrfach citirten Bemerkung des Zonares ad c. 98 Conc. Trull. In derselben wird ausdrücklich, wie schon bemerkt (oben S. 161 A. 1), auf das legale Erfordernis des „libellum repudii mittere" hingewiesen, nach fast taxativ erscheinender Aufzählung der verschiedenen Ehehindernisse und iustae causae der Verlöbnistrennung auch das Moment begründeter Lösung betont und zugleich zur Motivirung der trullan. Entscheidung eine interessante Parallele mit dem c. 87 derselben Synode gezogen (vgl. oben S. 161), der die Heimführung einer geschiedenen Frau ebenfalls mit Ehebruchsstrafe bedroht, weil „manet quoddam vinculum". Das Bestreben, Brautstand und Ehe in dieser Frage vom gleichen Gesichtspunkte aus zu behandeln, konnte nicht besser zum Ausdruck kommen. Hiemit hängt auch die nähere Begründung mit dem Hinweise auf das mosaische Recht und den Sprachgebrauch des Evangeliums zusammen [2]).

---

[1]) Man vgl. Schol. ad l. 13 § 2—4, Bas. 21, 2 (l. 13 D. 3, 2), wo die Nothwendigkeit der Lösung in diesem Sinne vertreten wird.

[2]) Vgl. oben S. 146 A. 1 u. 147 Anm. 1. Wenn die cit. Quelle wirklich, wie Pitra, II, 656 annimmt, der Schola Caesariensis des achten oder neunten Jahrhunderts angehört, nicht aber nach der Ansicht der herrschenden Meinung ein Scholion des Zonares ist, so ist ihr natürlich noch grössere Bedeutung für die Interpretation des 98. trull. Kanons beizumessen. In Fortsetzung des oben S. 152 A. 2 angeführten Anfangs fährt die Quelle nach Aufzählung der Lösungsgründe der Sponsalien fort: ὁ γὰρ, τινὸς τούτων ἀπηριθμουμένων τὴν συστᾶσαν ἤδη μνηστείαν μὴ διαστήσαντος ἢ διασπαράξαντος, τὴν ἑτέρῳ μνησθεῖσαν ἀγαγόμενος, ἔτι τοῦ μνηστευσαμένου ὄντος, τῷ ἐγκλήματι τῶν μοιχῶν εἰκότως ὑπόκειται· μοιχεία γὰρ, ἀλλ' οὐ γάμος τὸ γινόμενον· εἰ γὰρ ὁ ἀπολελυμένην γαμήσας, μοιχᾶται, κατὰ τὴν αὐτοαληθείας ἀπόφασιν, ὁ τὴν νόμῳ τοῦ μνηστῆρος ἀγαγόμενος, ποῦ τάξεται; (Fortsetzung oben S. 139 A. 1, Pitra II, 661. M. P. G. 137, 854 n. 10, Σ. II, 539). Ein anderes unzweifelhaft Zonares angehöriges Scholion zum cit. Kanon sagt ebenfalls ausdrücklich: ἀλλὰ μήπω τῆς μνηστείας λυθείσης μνηστὴ ἦ ἡ γυνὴ ἑτέρου καὶ ὁ ταύτην λαβὼν μοιχὸς εἰκότως ἐκρίνετο. (Fortsetzung oben S. 139 Anm. 1).

Auch die anderen, späteren Commentatoren bezeichnen ausdrücklich die nicht erfolgte formelle und begründete Lösung der ersten Sponsalien als Voraussetzung der Anwendung des Kanons [1]). Bei Aufzählung der Lösungsgründe wird in allen diesen Stellen, wie bereits oben S. 160 angedeutet, nirgends der Trennung ex consensu mehr gedacht. Es lässt sich dies leicht damit erklären, dass bei feierlichen Verlöbnissen, auf welche allein die trullanische Norm angewendet wurde, eine solche Lösungsart praktisch selten vorgekommen sein dürfte, da die Kirche dieselbe perhorrescirte. Allerdings konnte letztere aus schon angeführten Gründen in diesem Falle nicht mit einem, dem directen Wortlaute des weltlichen Rechts widersprechenden Verbote solcher Trennung auftreten, sondern musste sich mit einer Strafbestimmung für eine Wiederverheiratung begnügen, wie eine solche eben in diesem Kanon vorliegt. Denn ihr war es, wie bei der zweiten Ehe, nur darum zu thun, dass eine von ihrem Forum gebilligte Lösung des ersten Verhältnisses nachgewiesen werde und damit jeder Schein eines Doppelverhältnisses oder einer unsittlichen Verbindung ausgeschlossen sei. Vielleicht ist es auf kirchlichen Einfluss zurückzuführen, dass die Basiliken für die Trennung der Sponsalien die gleiche Formel aufstellen wie für das eheliche divortium ex rationabili causa [2]),

[1]) Balsamon l. c. (M. P. G. 137, 855, Σ. II, 541): καὶ οὐκ ἄλλως ὁ μνηστὴρ ἑτέραν γυναῖκα λαβεῖν ἠδύνατο, εἰ μὴ κατὰ νόμους τὴν πρώτην μνηστείαν ἔλυσεν: καὶ ἀπὸ μὲν τοῦ κανόνος ταῦτα. Nur in seinem Commentar ad Photii Nomocanon XIII, 4, 5 (Σ. 1, 300, M. P. G. 104, 1194, unten § 54 fg.) nimmt Balsamon auch bei Nichtigkeit oder erfolgter Lösung der Sponsalien die Wirkung dieses Kanons an. Es scheint aber, dass er hiebei nur an eine Annullirung der Dotalpacten, der rein vermögensrechtlichen Abmachungen dachte, civilrechtlich nichtige Sponsalien aber als einfaches Eheversprechen wirkten, welches durch diese Annullirung nicht aufgehoben wurde. Man vgl. dazu Prochir. auct. I, 25, 26 (Zachariae Proch. p. CLXXVII), Matthaeus Blastares (oben S. 161 A. 1). der in t. 3 c. 10 § 5 über die Lösung der Sponsalien nach Aufzählung der honestae causae (nuptiarum more) den trull. Kanon ganz gleich interpretirt.

[2]) l. 9 B. 28, 7: Τὸ διαζόγιον οὕτω συντίθεται· τὰ σεαυτῆς πράττε· ἢ οὕτως· τὰ σεαυτοῦ πράττε. Καὶ ἐπὶ τῇ διαλύσει τῆς μνηστείας δεῖ στέλλεσθαι

45. Zunächst ergab sich somit als erste praktische Folge des 98. trull. Kanons, wenn die Kirche ihn nur einigermassen streng handhabte, eine Erschwerung der Verheiratung solcher, die vorher anderweitig verlobt gewesen waren, und damit im Zusammenhange wegen der Betonung bestimmter iustae causae auch eine Erschwerung der Verlöbnistrennung überhaupt.

War nun das Verlöbnis nicht aus einem civilrechtlich oder kirchlich anerkannten Grunde oder nicht in der vorgeschriebenen Form gekündet worden, so ergab sich als zweite bedeutsame Folge der trull. Entscheidung der Fortbestand der Verlöbnisverpflichtung des einen Theils für die Lebensdauer des Anderen, in anderen Worten: die principielle Unlöslichkeit des Brautverhältnisses τοῦ μνηστευσαμένου ζῶντος durch blosse Willkür eines Theils, so lange kein triftiger Lösungsgrund eintritt. Nun kannte zwar auch das byzant. Recht eine Pflicht des sponsus zur Heimführung der sponsa, bezw. eine Wartepflicht der letzteren, welche Gebundenheit mangels anderweitiger Lösung des Verhältnisses auf 2 Jahre inter praesentes, auf drei inter absentes fixirt war, in bestimmten Ausnahmsfällen jedoch auch auf vier Jahre und darüber sich erstrecken konnte [1]).

διαζύγιον καὶ οὕτω συντίθεται. Schol. Dorothei: Ὡς καὶ τὸ τοῦ γάμου ῥεπούδιον. Dagegen Schol. Doroth. § 1. Καὶ πρὸς διάλυσιν τῆς μνηστείας χρὴ παρεντίθεσθαι ῥεπούδιον, ἐν δὲ τούτῳ τῷ ῥεπουδίῳ τὰ ῥήματα ταῦτα ἐδοκιμάσθησαν· τῇ μνηστείᾳ σου οὐ κέχρημαι. Dorothaeus steht noch auf dem Standpunkt der Digesten (l. 2 § 1 D. 24, 2), Gaius), oben S. 54, 106, 152). Da l. 9 D. 24, 2 (= l. 15 B. 28, 7) für das eheliche divortium 7 Zeugen verlangt, wäre es nicht ausgeschlossen, dass diese Form auch in der Praxis beim repudium sponsaliorum (feierliche Sponsalien?) üblich wurde. Das dazugehörige Schol. Dorothaei spricht wenigstens auch von ῥεπούδιον vor 7 Zeugen; insbesondere aber vgl. man Peira XLIX, 2 (vor 1025 nach Zachariae, idem ed. J. G. R. I, 222); allerdings handelt es sich dort um vollzogene und benedicirte Ehe. Da aber die kirchl. Euchologie wegen Unmündigkeit nicht materiell rechtskräftige Ehe schloss, so besteht nach Civilrecht nur das vorausgegangene Verlöbnis fort und für dieses wird das so qualificirte διαζύγιον beansprucht, vgl. unten S. 193 fg., 196 Anm. 1.

[1]) Vgl. hiezu die Citate auf S. 103, 158 A. 3, S. 159 A. 1; ausserdem l. 2 C. 5, 1, l. 4 C. Th. 3, 5, Epanagoge, 20, 13, Proch. I, 9, Epanag. auct. 12, 15, Proch. auct. I, 9 (Zach. Proch. CXIII, CLXXIII, 16). Scholion des Zonares

Nach dieser Zeit aber konnte die sponsa ungehindert sich an einen Anderen verheiraten, ohne dass, wie es scheint, noch ein formelles repudium aus dem bezeichneten Lösungsgrunde nöthig gewesen wäre [1]). Die Sponsalverpflichtung erlosch also ipso facto durch Ablauf der Zeit. Mit der vorliegenden trull.

l. c. (Schola Caesariensis?), Matthaeus Blast. l. c. (S. 161 A. 1). Das justin. byzant. Recht hatte meist nur die rechtliche Heimführungspflicht des sponsus und die Möglichkeit anderweitiger Verheirathung der sponsa bei mora des ersteren im Auge. Die cit. Codexstellen bezwecken daher auch nur die Aufhebung der Infamie als der einzigen Straffolge, welche die nach jenem Termine sich anderweitig vermählende sponsa sonst getroffen hätte. Die Basiliken nahmen hier keine Aenderung vor, ein Schol. Theodori ad l. 15 B. 28, 1 (l. 1 C. 5, 1) leitet per argum. a contr. die Wartepflicht der sponsa gerade aus dem Erfordernis zur Sendung eines (begründeten) repudium ab, was die obigen Textausführungen nur bestätigt: Ἡ μνηστευθεῖσά τινι ἀπαγορεύουσα τὴν πρὸς αὐτὸν μνηστείαν, δύναται ἑτέρῳ συνάπτεσθαι· καὶ σημείωσαι τὴν ἀντιδιαστολήν, ὡς μὴ λύουσα τὴν μνηστείαν, οὐκ ὀφείλει πρὸς ἄλλον γάμον συναλλάξαι· δηλονότι εἰ μὴ παρέλθῃ ὁ χρόνος τῶν γάμων, ἐντὸς οὗ ὀφείλουσιν αἱ γυναῖκες τοὺς οἰκείους ἀναμεῖναι μνηστῆρας. Eine Bestimmung der Ecloga 1, 3 (Zach. ed. p. XXXIV, M. P. G. 127, 494) besagt, dass nach Ablauf des gesetzlichen Termins der Verlobte aufgefordert werden solle, die Ehe zu vollziehen, widrigenfalls die sponsa frei würde und die Geschenke des sponsus zu ihren Gunsten verfielen. Man verkennt in allen diesen Quellensätzen unschwer die Bemühung der Gesetzgebung, die principielle Verpflichtungskraft der Sponsalien zu erhöhen und das Erfordernis formeller und begründeter Lösung gegenüber der Lehre des ius vetus zu betonen. Die bei iusta causa civilrechtlich mögliche Ausdehnung der Verpflichtungsdauer wurde kirchlicherseits besonders hervorgehoben und hiebei a priori fast allgemein der Zeitraum von 4 Jahren angenommen. Man vgl. noch die schol. Thalelei und Theodori ad l. 16 B. 28, 1 (l. 2 C. 5, 1). Besondere Fälle, wie z. B. Unmündigkeit eines oder beider Verlobten mussten eo ipso auch civilrechtlich längere Wartepflicht im Gefolge haben. Vgl. l. 9 D. 23, 1 (l. 9. B. 28. 1), Zhishman, S. 662.

[1]) Vgl. das obcit. c. 3 t. 1 der Ecloga, u. bes. l. 2 C. 5, 1 (= l. 4 C. Th. 3, 5 u. l. 16 B. 28, 1); l. 2 C. 5, 17 verlangt jedoch repudium im Falle der Abwesenheit des sponsus. Die Verpflichtung des sponsus zum ποιῆσαι τὸν γάμον scheint überhaupt in den Vordergrund gerückt, was sich hauptsächlich dadurch erklärt, dass auf griech. Boden die Mädchen meist durch die Eltern, Brüder oder Vormünder verheirathet wurden.

Entscheidung war nun auch für diesen Fall kirchlicherseits die Nothwendigkeit formeller Lösung indirect ausgesprochen, denn diese erleichterte im praktischen Rechtsleben der Kirche gegenüber den Beweis des Nichtbestandes der ersten Verlobung und schloss damit die Folgen des trull. Kanons aus; die Kirche aber erreichte noch die weitere Wirkung, dass man nicht durch blosse Saumseligkeit die Verlöbnistrennung herbeiführen und damit das Gesetz umgehen konnte, sondern dass der an der Verzögerung schuldige Theil solange gebunden blieb, als der andere nicht schuldige Verlobte den ihm für diesen Fall gesetzlich gegebenen Lösungsgrund nicht geltend machte und sich kein anderes gesetzlich anerkanntes Trennungsmotiv für den anderen Theil ergab.

Die Bedeutung der trull. Norm liegt jedoch nicht so sehr in den beiden eben constatirten Consequenzen, sondern in einer wesentlichen dem Civilrechte fremden Erweiterung des Thatbestandes der Ehebruchsstrafe, in dem durch diese Aenderung zum Ausdrucke gebrachten Rechtsgedanken und in den weiteren praktischen Folgen derselben.

Wie schon erörtert, bestrafte das römisch-byzantinische Recht nur die unzüchtige Verletzung der Verlöbnistreue mit der poena adulterii. Der Treubruch, den die einfache Eingehung einer mit den ersten ungelösten Sponsalien concurrirenden Verlobung oder Ehe involvirte, stand nur unter Infamie. Abgesehen von allen anderen Folgen bestand eine wesentliche Wirkung dieses Unterschiedes in der Beurtheilung des zweiten Verhältnisses. Die Ehebruchstrafe begründete ein civilrechtliches Eheverbot, die zweite Verbindung war also nichtig [1]). Infamie war zwar nach Civilrecht eine accessorische Folge der poena adulterorum, aber für sich allein mit dieser weder an socialer noch rechtlicher Wirkung identisch. Sie bedeutete nur eine eng-

[1]) oben S. 157 A. 1. Direct ausgesprochen erscheint dies wohl erst in Nov. Just. 134 c. 12, indirect ergeben schon die vorjustinianischen Verbote die Ungesetzlichkeit der Ehe zwischen adulter und adultera ante damnationem, sowie auch die Straffolgen die Fortsetzung der etwa trotzdem geschlossenen Ehe ausschliessen.

begrenzte Minderung der bürgerlichen Ehre mit bestimmten rechtlichen und gesellschaftlichen Folgen, sie schuf zwar einzelne, bald wieder verschwundene Beschränkungen der Ehefähigkeit, aber kein allgemeines Verbot des infamirten Verhältnisses, kein trennendes Ehehindernis für dasselbe. Dieses blieb giltig und legitim [1]).

Die Kirche hat nun den Thatbestand der Ehebruchstrafe dadurch erweitert, dass sie auch die legitime Heimführung einer noch nicht freien Verlobten, also die nach weltlichem Rechte nur infamirende Verletzung eines ungelösten fremden Verlöbnisses durch einen civilrechtlich legitimen Geschlechtsverkehr darunter einbezog [2]). Während ferner die civil-

[1]) Hiezu oben S. 157 A. 2. Nach Rudorff Inst. I, § 27, 3, 4, II, § 124 schloss Infamie seit der lex Julia et Papia nur von der Ehe mit dem senatorischen Adel (l. 44 D. 23, 2, Ulpian 13, 1), bezüglich gewisser unehrbarer Frauen schon von jener mit Freigeborenen aus (l. 43 D. 23, 2, Ulpian 13, 2, Dio 54, 16). Nur ein Schol. (Stefani?) ad l. 13 § 4 B. 21, 2 (l. 13 § 4 D. 3, 2) behauptet Nichtigkeit der zweiten Verbindung, stellt aber die Infamie nicht als Ursache, sondern als Folge der Illegitimität hin: Κἂν τὰ μάλιστα γὰρ ὁ πρὸς τὴν δευτέραν γαμετὴν κατὰ νόμους εὖγε κεκωλυμένος ἢ ἀθέμιτος, ὅμως ἐπειδὴ αὐτὸ τὸ φάκτον ἤτοι τὴν ἐπιχείρησιν τιμωρεῖται ὁ Πραίτωρ, ἀτιμοῦται ὁ τοῦτο πεποιηκώς, κἂν τὰ μάλιστα τὴν δευτέραν ταύτην γυναῖκα οὐ προέβαινεν ὁ γάμος ὡς παράνομος ἢ ὡς κατὰ φύσιν ἀθέμιτος. Τοῦτ' ἔστιν, ὅταν τῇ ἐπιτροπευομένῃ συναφθῇ ὁ γεγονὼς αὐτῇ ἐπίτροπος, ἢ ὁ ἔχων γυναῖκα ἀγάγηται δευτέραν, ἢ ὁ ἔχων μνηστὴν πρὸ τοῦ λῦσαι τὴν πρὸς ἐκείνην μνηστείαν ἀγάγηται ἑτέραν· ἐπὶ τούτων ἁπάντων δεύτερος γάμος οὔκ ἔρρωται· καὶ μένει καὶ ὁ τὸν γάμον μὴ ἐρρώμενον πράξας ἄτιμος καὶ τὸν λογιμὸν φησιν ὁ Παλαιός. Ἐπὶ μέντοι τῆς τοῦ πενθίμου ἐνιαυτοῦ δευτερογαμησάσης ὁ γάμος ἔρρωται καὶ ἀνάγνωθι βιβ. κη΄. τιτ. ιδ΄. κεφ. α΄. (l. 1 B. 28, 14 = Nov. 22 c. 22 prooem.) ζήτει τῆς ἐν τῷ Τρούλλῳ συνόδου κανόνα κη΄ ὅς φησιν . . . Die infamirte Verbindung im Trauerjahre ist daher giltig. Das Scholium dürfte schwerlich von Stefan herrühren, sondern ist eher auf späteren kirchlichen Einfluss zurückzuführen, worauf sowohl die Anführung des Antiquus (ed. Heimbach prolegom. 194, 227), als auch die Interpolation des trullan. Kanons hindeutet. Vgl. oben S. 104. Infamie und poena adulterii erscheinen auch nebeneinandergestellt in Prochir. auct. 1, 26 (ed. Zachar. Proch. p. CLXXVII).

[1]) Die schon oben S. 156 Anm. 1 erwähnte kirchliche Beurtheilung des Bruches eines Keuschheitsgelübdes durch legit. Eheschliessung bietet ein

rechtliche Infamie nur jene Person traf, welche überhaupt den strafbaren Thatbestand, die Concurrenz eines ungelösten Verlöbnisses mit neuer Ehe hervorrief, bestrafte die Kirche nunmehr auch die dritte Person, die mit jener wissentlich die zweite, kirchlich für unsittlich und nichtig erklärte Verbindung eingieng. Das subjective Schuldmoment gelangte somit zu grösserer Betonung [1]).

Analogon zur trull. Entscheidung und mag hiezu vielleicht Anlass oder Uebergang gebildet haben: c. 19 Conc. Ancyr., c. 18—20, 60 Basil., c. 44 Conc. Trull., Phot. Nomoc. IX. 29, Synt. XIII, 4; Johann Chrysostomus, Rabbulas Edess. ep., Balsamon ad l. c., Matthaeus Blast. III, 10 § 1. u. a. (ed. Pitra, I, 447, 584, II, 48, M. P. G. 47, 495, 1076; 77, 1476; 104, 779, 1126, 1195; 137, 670, 1179; 138, 647, 755. Σ. I. 213, 303, II, 409, III, 60, IV, 140, 217, VI, 169).

[1]) Dies hatte kirchlich besondere Bedeutung für die Qualification des Delicts. Wusste ein Theil von dem Ehe- oder Brautstande des anderen nichts, so war sein sexuelles Delict nur fornicatio, die kein Ehehindernis constituirte, obwohl objectiv das qualificirende Moment des Ehebruchs in der copula als solcher mit einer in anderer legitimer Geschlechtsgemeinschaft stehenden Person besteht (vgl. c. 9, 46 ep. can. Basilii, c. 93 syn. Trull., hiezu Zonares et Balsamon comm. M. P. G. 137, 831; 138, 723, Σ. II, 523, IV, 195). Von letzterem Gesichtspunkte aus wurde ja fornicatio mit einer fremden Verlobten ebenso als Ehebruch behandelt, wie legitime Heimführung derselben. Bezüglich dieses subjectiven Schuldmoments bei sexuellen Delicten sagt Balsamon ad c. 98 syn. Trull. (M. P. G. 137, 855, Σ. II, 541) in Fortsetzung der oben S. 163 A. 1 cit. Stelle: Τί δέ; ὁ μὲν εἰς γάμου κοινωνίαν ἀγαγόμενος τὴν ἀλλοτρίαν μνηστὴν, ὡς μοιχὸς κολάζεται, ὁ δὲ πορνεύσας μετὰ ταύτης, οὐ τιμωρεῖται ὡς μοιχός; Λύσις· Εἴτε κατὰ γάμου κοινωνίαν, εἴτε πορνικῶς συμφθαρῇ τις ἐν εἰδήσει μετὰ τῆς ἑτέρῳ μεμνηστευμένης, ὡς μοιχὸς κολάζεται· μόνος γὰρ ὁ ἀγνοήσας τὴν μνηστείαν ὡς πορνὸς τιμωρεῖται. Balsamon betont hiebei ausdrücklich, dass man absichtlich auch die legitime Heimführung unter diesen Kanon einbezogen und bei bei dessen Abfassung in den Wortlaut aufgenommen habe, damit es nicht den Anschein habe, als ob die civilrechtliche Giltigkeit der zweiten Ehe die Willkürlichkeit des Bruches der ersten Verbindung saniren könne. Es sei dies geschehen, um jener Auffassung entgegenzutreten, welche sich auf das Civilrecht stützend den Standpunkt vertrat, dass die Giltigkeit einer Ehe nicht durch den Bruch eines früheren, nicht formell gelösten Verlöbnisses tangirt werde und daher die zweite Verbindung, wenn sie auch infamirt sei, doch nicht als Ehebruch oder Unzucht qualificirt

Mit diesem dritten Hauptmomente der trull. Entscheidung ist als vierte wesentliche Folge verknüpft, dass jede eheliche Verbindung, durch welche ein zu Recht bestehendes Verlöbnis verletzt werde, nichtig war. Die Kirche erklärte dieselbe trotz ihrer civilrechtlichen Giltigkeit für unsittlich, die Contrahenten der Ehebruchsstrafe verfallen und daher, entsprechend der civilrechtlichen und canonischen Wirkung dieser, als gegenseitig eheunfähige Personen. Mit anderen Worten: das förmliche, nicht rechtskräftig gelöste Verlöbnis wirkte als positiv rechtliches, absolutes, trennendes Ehehindernis.

Nur in einer Richtung ist die Kirche nicht über den Thatbestand der Ehebruchstrafe hinausgegangen, sondern hat sich mit der civilrechtlichen Sanction begnügt, indem sie nämlich ein zweites gleichzeitiges Verlöbnis nicht auch als Ehebruch

---

werden könne. Denn es sei weder eine Verletzung einer bestehenden Ehe noch eine illegitime Verbindung: Τὴν μνηστείαν οἱ νομοθέται ὁρίζονται μνήμην καὶ ἐπαγγελίαν τῶν μελλόντων γάμων. Ἔλεγον γοῦν τινες, ὡς, εἴ τις τὴν ἑτέρῳ μνηστευθεῖσαν κατὰ νόμον γάμου ἀγάγηται, οὐκ ἔστι μοιχὸς, ἀλλ' οὐδὲ πορνός· πορνείαν μὲν γὰρ οὐχ ἥμαρτεν, ὅτι νομίμως συνεζύγη μετὰ ταύτης· μοιχείαν δὲ οὐκ ἐπλημμέλησεν, ὅτι ὕπανδρος οὐκ ἔτι ἐστίν. Τοῦτο τοίνυν μὴ παραδεξάμενοι οἱ ἅγιοι Πατέρες, ὥρισαν, ὡς μοιχὸν κατακρίνεσθαι τὸν πρὸς γάμου κοινωνίαν λαμβάνοντα τὴν ἑτέρῳ μεμνηστευμένην (Fortsetzung S. 147, A. 1, S 163 A. 1, 165 A. 1 und die obcit. Stelle). Hiezu erklärt dann Balsamon auf jene civilistische Lehre und Controverse verweisend: Πρόσκειται δὲ τῷ κανόνι τὸ πρὸς γάμου κοινωνίαν ἀγαγέσθαι τινὰ τὴν τοῦ ἑτέρου μνηστὴν, διὰ τὴν δηλωθεῖσαν αἰτίαν ἐν τῇ ἀρχῇ τῆς ἑρμηνείας. (Fortsetzung oben S. 139 A. 1, 147 A. 1). Sehr prägis fasst Matthaeus Blast. Synt. III, 10, 5 (Σ. VI, 180, M. P. G. 119, 1282) diese Lehre zusammen: Ὁ δὲ ἔννατος τῆς ζ' συνόδου, τὸν εἰς γάμου κοινωνίαν ἀγόμενον τὴν ἑτέρῳ μεμνηστευμένην, ἔτι τοῦ μνηστευσαμένου περίοντος, τοῖς τῆς μοιχείας ὑποβάλλει ἐγκλήμασιν· εἰ δὲ μὴ γαμικῶς, ἀλλὰ πορνικῶς μετὰ τοιαύτης τις συμφθαρείη, καὶ οὗτος ὡς μοιχὸς τιμωρεῖται, καὶ ἡ γυνὴ ὡς μοιχαλίς· ὁ δὲ τὴν μοιχείαν ἀγνοῶν, ὡς πορνός. Es ist nicht uninteressant, darauf hinzuweisen, dass die Frage der Lösung eines Verlöbnisses durch eine nachfolgende consumirte Ehe auch in der lateinischen Kirche einen grossen Einfluss auf die Ausgestaltung des canon. Eherechts genommen hat. Vgl. Freisen, aaO. S. 170, 176, 191.

qualificirte. Die Kirche wollte nur jeden Geschlechtsverkehr mit einer fremden Verlobten als Ehebruch bestrafen, die nur geistige Verbindung eines zweiten Verlöbnisses fiel aber nicht unter diesen characteristischen Thatbestand des Ehebruchs.

Diese hochwichtige Entscheidung der trull. Synode mit den dargelegten nächstliegenden Consequenzen bedeutete somit gegenüber dem römisch-byzantinischen Civilrechte eine wesentlich verschiedene Beurtheilung des Brautverhältnisses seitens der Kirche. Dasselbe erschien weit über seine bisherige Bedeutung hinausgehoben und in einer praktisch tief einschneidenden, weittragenden Wirkung geradezu der Ehe gleichgestellt. Denn wie bei dieser sollte auch beim Verlöbnis der Bruch der Treue unter die gleiche schwere Strafe fallen, und wenn die Kirche auch nicht ausgesprochen hatte, dass Bruch der Verlöbnistreue wirkliches Adulterium sei, sondern es sich hier nur um eine Begriffsanologie handelte, in der praktischen Disciplin blieb doch die Folge dieselbe: das positive Recht hatte die ethische und rechtliche Gleichwertigkeit von Verlöbnis und Ehe ausgesprochen.

Die äussere Veranlassung zu dieser Norm theilt uns Balsamon ad. l. c. in der oben S. 171 A. 1 citirten Aeusserung mit. Sie lag in der durch die Verschiedenheit kirchlicher und civilrechtlicher Auffassung hervorgerufenen Unsicherheit der Praxis. Es widersprach an und für sich der hohen christlichen Moral jener Zeit, das heilige Institut der Ehe als Mittel zu einer so brutalen Verletzung eingegangener ethisch-socialer Verpflichtungen, wie sie der Brautstand begründete, ungestraft missbrauchen zu lassen. Die Erwägung, dass jede Entweihung des Brautstandes durch anderweitigen Geschlechtsverkehr eine Analogie zum Ehebruchsdelicte bilde, war durch uralte Volksanschauung schon nahe gelegt. Dass man aber auch eine spätere legitime Ehe als derartiges Delict qualificirte, mag auch darin begründet gewesen sein, dass der legitime Ehecharacter einer Geschlechtsgemeinschaft mangels einer vorgeschriebenen öffentlichen Eheschliessungsform oft zweifelhaft sein und der bezügliche Beweis leicht gefälscht werden konnte. Die Kirche wäre

Gefahr gelaufen, ein rechtskräftiges Verlöbnis durch einen civilrechtlich straflosen, von ihr perhorrescirten Concubinat, der ja den Schein der legitimen Ehe trug, lösen zu lassen. Endlich wäre es sonst leicht gewesen, die zum Schutze des Verlöbnisses aufgestellten Lösungsgründe durch einfachen Abschluss anderweitiger Ehe einfach illusorisch zu machen, da die Strafe der Infamie ihre alte Bedeutung schon eingebüsst hatte und wohl nur mehr auf dem Papier stand. War somit die ratio legis in dem Bedürfnis nach Schutz des Verlöbnisses gegen diese Eventualität gelegen, so hatte die Kirche mit der erörterten Entscheidung zugleich auch den ersten Markstein einer längst aufkeimenden Entwicklung gesetzt und die von ihr angestrebte Gleichbewertung von Verlöbnis und Ehe zum ersten Male in entschiedener Formulirung zum Ausdruck gebracht.

46. Dieser Grundgedanke musste im praktischen Leben, wo immer die Kirche sich Geltung verschaffen konnte, zur Gleichstellung der genannten Personenverhältnisse in allen jenen Beziehungen führen, wo es sich nicht um rein rechtliche Fragen, sondern in erster Linie um ethische und sociale Gesichtspunkte handelte.

Zunächst begann die Kirche selbst im Anschlusse an den 98. trullanischen Kanon, der die ganze vorausgehende Entwicklung in einer principiellen Entscheidung erschöpfend und weiterer Ausdehnung fähig festhielt und zusammenfasste, auf das Verlöbnis überhaupt alle jene Grundsätze anzuwenden, die sie bezüglich der Ehe gegenüber dem Civilrechte vertrat. Und umgekehrt benützte sie selbst später, wie das zweite Synodaldecret des Patr. Johannes Xiphilinus (1067) bezeugt [1]), ihre

---

[1]) Zachariae J. G. R. III, 338, M. P. G. 119, 758, Σ, V, 53. Johannes Xiph. sagt zur Begründung seiner Quasiaffinitätsverbote, bevor er der civilrechtlichen Sätze gedenkt: εἰ γὰρ μὴ ἐλογίζοντο οἱ θεῖοι Πατέρες τὴν μνηστείαν εἰς γάμου τάξιν, ἀλλ' ἄλλοτι, πῶς ἂν μοιχείας ἐγκλήματι τὸν συναπτόμενον τῇ ἑτέρῳ μνηστευσαμένῃ ὑπέβαλον; πρὸς ὃ πανδρον γὰρ προδήλως ἡ μοιχεία πλημμελεῖται, καὶ ἀδιάφορον οἱ κανόνες τὸν τῶν ἐπιτιμίων λόγον καὶ τρόπον ἐπί τε τῆς μοιχείας καὶ τῆς πορνείας οὐ τίθενται.

Entscheidung zur Begründung der Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe. In diesem Sinne finden wir diese Norm bei sämmtlichen, späteren Factoren der kirchlichen Rechtsentwicklung des Orients, in Synodalentschcidungen wie Patriarchaldecreten [1]) zum Ausgangspunkte energischer Beeinflussung des byzantinischen Verlöbnisrechtes genommen. In gleicher Richtung wird dieser Kanon in den Nomocanones und Syntagmata, sowie von den späteren Commentatoren derselben entweder einfach citirt [2]) oder ausführlicher interpretirt, als Basis weiterer Folgerungen benützt und schliesslich in die weltlichen Rechtssammlungen interpolirt. Speciell die Interpretation zieht nicht nur für ihre Zeit die schon skizzirten Consequenzen aus dieser Norm [3]), sondern sucht einerseits auch frühere kirchliche Canones im Sinne der nun formulirten kirchlichen Doctrin auszulegen oder zu ergänzen [4]), andererseits im byzantinischen Civilrechte selbst Anhaltspunkte für die kirchliche Auffassung zu finden.

In letzterer Hinsieht stossen wir, abgesehen von der nur kirchlich motivirten Citirung mosaisch-rechtlicher Normen [5]) auf die für unsere Untersuchung sehr beachtenswerthe Thatsache, dass die Commentatoren mehrere jener Sätze des justinianischen

---

[1]) Zhishman S. 36 zählt diese Decrete unter den Quellen auf.

[2]) Photius Syntagma XIII, 2, 5, Nomocanon XIII, 2, 5 (M. P. G. t. 104, 894, 911, 1167, 1194, Σ. I. 275, 301).

[3]) Zahlreiche Belege hiefür bieten die mehrfach citirten Commentare des Balsamon, Zonares, Aristenes und Matthaeus Blastares ad c. 67 apostol., c. 20 Ancyr., c. 98 trull. Syn., c. 37, 69 ep. Basilii (M. P. G. 137 p. 171, 174, 854 squ., 1183; t. 138 p. 703, 767; t. 119, 759, 1282, 1287, Σ. II, 85, 539, III, 62; IV, 181, 227; V, 53; VI, 179, 183). Vgl. auch oben S. 135 A. 1, S. 139 A., S. 164 A. 2, S. 170 A. 1. Inwiefern die spätere Civilgesetzgebung unter Leo dem Weisen und Alexius I. Comnenus auf den trull. Kanon zurückgegriffen hat, wird später besprochen werden.

[4]) Namentlich ist dies zu c. 37 ep. Basilii der Fall. Vgl. oben S. 156 u. 157 Anm. 1. Balsamon bemerkt ad v. ἀλλοτρίαν (M. P. G. 138, 703, Σ. IV, 181): Ἀλλοτρίαν ἐνταῦθα λέγει ὁ κάνων τὴν νομίμως γαμηθεῖσαν ἢ καὶ μνηστευθεῖσάν τινι. Aehnlich auch Zonares l. c. Nur Aristenes l. c. bezieht den Kanon auf γυναῖκα παρ'ἄλλου ἀπολυθεῖσαν. Μνηστὴ und γυνή, γαμεῖν und μνηστεύειν werden durchwegs gleichgestellt.

[5]) Vgl. oben S. 139 Anm., 146 A. 1 u. 147 A. 1.

Familien- und Dotalrechts hervorsuchen, welche schon im ius vetus nach der im ersten Abschnitte gegebenen Darstellung eine allerdings aus anderen Gesichtspunkten hervorgegangene Gleichstellung von sponsi und conjuges zum Ausdrucke brachten und aus dem klassischen Juristenrechte in die Digesten Justinians und damit — vielleicht oft nur auf rein manipulativem Wege — auch in die Basiliken übergiengen [1]).

Die weiteren Folgerungen, welche Praxis und Doctrin aus der trullan. Entscheidung zogen, beruhen wesentlich auf der nun rechtlich angebahnten Gleichstellung von sponsalia und matrimonium. So wurden nun allgemein die von der Kirche unter dem Drucke des weltlichen Rechtes anerkannten Gründe

---

[1]) Man vgl. besonders Balsamon ad c. 69 Basil. (Σ. IV, 225, M. P. G. 138, 767), der ebenfalls den Kanon zur Begründung dieser Gleichstellung benützt und hiezu auch civilrechtliche Normen anführt (l. 2 B. 60, 58 = Nov. Just. 143 pr.; l. 15 § 3 B. 60, 37 = l. 13 § 3 D. 48, 5). Vermögensrechtliche Normen citirt Balsamons Comm. ad c. 98 syn. Trull. (Σ. II, 542, M. P. G. 137, 858), so l. 17 B. 9, 17 (l. 17 § 1 D. 42, 5) und l. 70 B. 29, 1 (l. 74 D. 23, 3), beide betr. das privilegium repetendi dotem, vgl. oben S. 106 A. 1, ferner citirt er neuerdings die oben angegebenen civilrechtlichen Sätze betr. die Ehebruchsklage iure viri des sponsus und schliesst, um die seit den Novellen des Kaisers Alexius I. Comnenus auch civilrechtlich erfolgte Gleichstellung von (benedicirten) sponsalia und matrimonium zu betonen und damit das Ehehindernis der Sponsalaffinität zu begründen, unter Hinweis auf das ältere justin. byzant. Civilrecht mit den charakteristischen Worten: Εἰ γοῦν πρὸ τῆς Νεαρᾶς τοιαῦτα δίκαια εἶχον κατ' ἀλλήλων οἱ μνηστῆρες, πόλλῳ πλέον μετὰ τὴν νεαράν, τὴν διοριζομένην ἰσοδυναμεῖν κατὰ πάντα τὴν μνηστείαν τῷ γάμῳ, διὰ τὴν τῶν ἁγίων καὶ θείων εὐχῶν τελετήν: διὸ καὶ ὁμόζυγος ὁ μνηστὴρ κληθήσεται τῆς ἰδίας μνηστῆς καὶ ὁ ἐξ αὐτῆς γεννηθεὶς γνήσιος αὐτῶν ἔσται παῖς καὶ κληρονόμος καὶ ὑπεξούσιος τῷ πατρὶ ἐκ τοῦ μὴ γενέσθαι τὸν γάμον, κατὰ μηδένα λόγον ἐμποδιζόμενος. Er tritt somit auch für die Legitimität der Brautkinder ein. Vgl. zum Gesagten Zhishman S. 395. Derselbe gibt S. 10 fg., 24 fg., 57 fg. eine klare Darstellung des Civilrechts in der orient. Kirche und über das Verhältnis letzterer zum justinianischen Rechte und den späteren Codificationen. Insbesondere beachte man die von ihm zur Basilikenausgabe Heimbachs bezüglich der Citirweise seitens der griech. Commentatoren gemachte richtige Bemerkung, l. c. S. 57 oben.

einseitiger Ehetrennung [1]) mit unwesentlichen Ausnahmen auch als hauptsächliche Lösungsmöglichkeiten für das Verlöbnis erklärt und damit für diese Lehre eine analoge Formulirung angebahnt, wie sie schon für die Ehe im Recht der Kirche und des Staates vorlag. Diese Aenderung erfolgte jedoch erst mit den Reformen der Kaiser Leo phil. und Alexius I. Comn. und nur unter bestimmten Voraussetzungen. Jedenfalls ist hier die kirchliche Praxis der Aenderung der civilrechtlichen Lehre vorausgeeilt [2]).

Eine andere naheliegende Consequenz ergab sich für die kirchliche Disciplin aus folgender Erwägung. Wenn ein ungelöstes Verlöbnis gleich einer rechtsbeständigen Ehe ein impedimentum ligaminis für eine spätere anderweitige Ehe begründe und diese zum Ehebruch qualificire, so lasse ein gelöstes Verlöbnis wie eine bestandene Ehe ein späteres matrimonium als zweite Ehe, als uneigentliche Bigamie (bigamia successiva) erscheinen. Die Hauptwirkung dieser Folgerung bestand im Verbote der Ordination von Klerikern, welche nach rechtsgiltiger Lösung einer Verlobung eine Ehe mit einer Anderen geschlossen hatten oder sich mit einer verlobt gewesenen verheiratet hatten [3]).

---

[1]) Hiezu vgl. Zhishman, S. 97 fg.

[2]) Spätere Commentatoren weisen mit Vorliebe auf die ältere Zeit hin, wo eine vetus constitutio (l. 5 § 1 C. 5, 1) die freie Sponsalientrennung civilrechtlich gestattete, um einerseits den früheren Gegensatz zwischen kirchlicher und civilrechtlicher Lehre, andererseits den Unterschied zwischen der vor- und nachleoninischen Auffassung des weltlichen Verlöbnisrechts hervorzuheben, vgl. Balsamon in den oben cit. Stellen seines Commentars (bes. S. 175 A. 1 oben), ferner die Novelle 7 des Kaisers Alexius I Comnenus (ao. 1084, Zach. J. G. R. III, 359) und Matthaeus Blast. Synt, (M. P. G. 119, 1283, Σ. VI, 180), oben S. 137 Anm.

[3]) Ueber das zu Grunde liegende, im 3. trull. Kanon zusammengefasste Princip der Nichtzulassung von Bigamisten zur Priesterweihe, welches ein gewisses Analogon schon in der Monogamie der röm. pontifices maximi und der mosaischen Priester hatte, vgl. man die Ausführungen bei Zhishman S. 193 fg., 396 fg., 417 fg. Zu den dort angeführten Quellenstellen sind noch hinzuzufügen: Nov. Just. 22, c. 42, Epanagoge VIII, 12 (Zach. Coll. p. 79), Photii Nomocan. I, 23 (M. P. G. 104, 1003, Σ. I, 59), Balsamon Synagoge III, 1, 1 (M. P. G. 138, 1262), Proch.

Eine naturgemäss weitergehende, wie praktisch wichtigere Bedeutung gewann eine dritte Consequenz aus dem trull. Kanon

auct. 1. 32 (Zach. Proch. CLXXXI, J. G. R. VI, 14), cf. Eliae Cret. resp. 7 (M. P. G. 119, 995), Johannis ep. Citri responsa ad Constant. c. 16 (ao. 1045, M. P. G. 119, 983, Σ. V, 419), Alexius patr. Const. (M. P. G. 119, 831, Σ. V, 28). In den späteren Scholien zu Photius Nomocanon XIII, 2, 4, 5 (Σ. I, 292, 300, M. P. G. 104, 1186, 1194), die wahrscheinlich von Balsamon herrühren und im Prochir. auct. (Zach. ed. p. CLXXVI) sich wiederfinden, wird das in Rede stehende Verbot sowohl aus civilrechtlich ungiltigen förmlichen Sponsalien, wie aus einfachem Eheversprechen und Dotalpacten (δεσμωτικὰ ἔγγραφα) abgeleitet, wenn die sponsa über sechs Jahre alt war. Die charakteristische Begründung, man könne nach diesem Alter schon eine förmliche Zuneigung der sponsa vermuthen, beweist, dass auch noch andere ethische und moralische Gesichtspunkte, z. B. das Erfordernis grösserer Enthaltsamkeit des Priesters massgebend waren (cf. Balsamon ad c. 18 Apost. u. c. 12 Ancyr. (M. P. G. 137, 74, 1123, Σ. II, 26, III, 46): Γίνωσκε δὲ ὅτι πολλάκις ἐζητήθη, εἰ δύναται ὁ δεσμωτικὰ τοιαῦτα περὶ γάμου θέμενος μετά τινος γυναικὸς ἔγγραφα, ἢ καὶ γαμήλια ἐπὶ μνηστείᾳ ἀσυστάτῳ, μετὰ τὸ ἀθετῆσαι τὰ δεσμωτικὰ ἔγγραφα ἢ τὴν παράνομον μνηστείαν, λαβεῖν ἑτέραν γυναῖκα καὶ εἰς πρεσβυτέρου τόπον ἀναχθῆναι. Σὺ γοῦν εἰπὲ, ὡς εἰ μὲν τὸ πρόσωπον τὸ κατεγγυηθὲν τῷ θέλοντι ἱερωθῆναι, μετὰ τὴν ἀθέτησιν τῶν ἐγγράφων ὑπερέβη τὸν ἕκτον χρόνον, οὐ παραχωρηθήσεται ὁ τὰ ἔγγραφα ἐκθέμενος ἢ καὶ τὴν παράνομον μνηστείαν ἑτέρᾳ συναφθῆναι γυναικί καὶ οὕτως ἱερωθῆναι, ὡς δίγαμος λογιζόμενος διὰ τὴν ἐπιθυμίαν καὶ διὰ τὸ εἶναι δεκτικὴν ἔρωτος τὴν γυναῖκα. Εἰ δὲ ἧττον τῶν ἓξ χρόνων ἦν τὸ τοιοῦτον πρόσωπον, ὅτε ἡ ἀθέτησις τῶν συμφώνων ἐγένετο, ἐνδυνάμως καὶ ἑτέρᾳ γυναικὶ ὁ τοιοῦτος συζευχθήσεται καὶ ἔκτοτε ἱερωθήσεται). Das Verbot der Priesterweihe ist somit direct mit der ehehindernden Wirkung des Eheversprechens in Verbindung gebracht. Die Stelle schliesst mit dem Hinweise auf die Quasiaffinitätsverbote des Kaisers Alexius I. Comnenus. Hervorzuheben ist noch besonders, dass der trull. Kanon hier auch bei civilrechtlicher Nichtigkeit oder erfolgter Lösung der Sponsalien bezw. des einfachen Eheversprechens angewendet wird; abgesehen von dem oben S. 165 A. 1 Gesagten bewiese dies nur, dass die Kirche jener Zeit dem factischen Brautverhältnisse die gleichen Wirkungen zutheilte wie dem rechtsbeständigen, sobald es sich nicht um rein juristische Consequenzen handelte, sondern allgemeine Gesichtspunkte christlicher Moral und Disciplin mitspielten. Diese Begründung „διὰ τὴν ἐπιθυμίαν καὶ διὰ τὸ εἶναι δεκτικὴν ἔρωτος τὴν γυναῖκα findet sich in späterer Zeit öfters vor, cf. Balsamon Resp. ad int. Marci n. 48 (M. P. G. 138, 995, Σ. IV, 484), Acta Patr. Const. I, 98, Proch. auct. I, 24 (bei Zach. ed. p. CLXXVII), Matthaeus Blast. Synt.

bezw. aus der Gleichstellung von sponsalia und matrimonium. Dieselbe bestand darin, dass die durch ein Verlöbnis angebahnten Beziehungen zwischen zwei Familien der wirklichen Schwägerschaft gleichgestellt und als Thatbestand eines entsprechenden Ehehindernisses erklärt wurden. Der Umstand, dass man hier sich auf civilrechtliche Sätze berufen konnte, musste der kirchlichen Lehre wesentlichen Rückhalt geben. Bevor jedoch auf diese Consequenz übergegangen werden kann, müssen mehrere namentlich für die nachtrullanische Entwicklung des Verlöbnisrechts bedeutsame Momente noch erörtert werden.

Was endlich die unmittelbare Beeinflussung der staatlichen Rechtsquellen durch Interpolation des trull. Kanons betrifft, so war dieselbe, wie schon S. 104 angedeutet, eine sehr geringe.

III, 10, 5 (M. P. G. 119, 1286, Σ. VI, 182.). Vgl. Zhishman S. 198 fg. Balsamon selbst l. c. führt dies auf ein Synodaldekret des Patr. Michael Anchialus (1169—1177, M. P. G. 119, 795; 104, 1186, Σ. I, 292) zurück, das übrigens noch weiter geht, indem dort, allerdings nur für den Klerus, das in Rede stehende Verbot sogar aus Sponsalien mit noch nicht sechsjähriger sponsa abgeleitet wird, während für den Laien die damals herrschende Lehre beibehalten wird, d. h. nur das eingesegnete Verlöbnis eheähnliche Wirkungen äussert. Diese engere Auffassung vertritt übrigens auch Balsamon in seiner Apokrisis ad int. Marci n. 7 (M. P. G. 138, 958, Σ. IV, 453) in directem Widerspruche zu seiner obcit. Apokrisis n. 48, was Zh. S. 399 damit erklären will, dass Balsamon hier das einfache, dort das förmliche Verlöbnis im Auge gehabt habe. Der Wortlaut rechtfertigt diese Vermuthung nicht. Die Frage war offenbar sehr controvers und Johannes ep. Citri c. 15 (Σ. V, 418, M. P. G. 119, 982) bezeugt, dass gerade Balsamon sich überhaupt vielfach mit der herrschenden Lehre in Widerspruch setzte: τὰ μέντοι συγγράμματα τούτου, ὅσα πρὸς κανονικὰ καὶ νομικὰ λήμματα ἐξηνέχθησαν, οὐκ ἐς τὸ πᾶν ἀκριβείας ἐχόμενα καταφαίνονται· τὸ παράδοξον etc. Die herrschende Lehre über die gegenständliche Frage finden wir für die Zeit vor der Reform des Alexius I. Comnenus in den Synodaldecreten des Patr. Johannes Xiphilinus (ao. 1066, 1067, M. P. G. 119, 755 squ., Σ. V, 51) formulirt, wo dieses Verbot allgemein aus jedem giltigen Verlöbnisse abgeleitet und als sehr alte Praxis bezeichnet wird, welche in der Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe ihren Grund habe. Der Standpunkt der Zeit nach Alexius I. Comn. ist, wie die eingangs und bei Zh. S. 399 fg. citirten Quellensätze darthun, der, dass dieses Verbot nur aus benedicirten Sponsalien abzuleiten sei (bes. Act. Patr. Const. I, 198).

Den Grund dieser Erscheinung haben wir hauptsächlich darin zu suchen, dass die nach der trull. Synode erfolgten Codificationen der weltlichen Gesetzgebung fast durchwegs nur rein justinianisches Recht wiederzugeben sich bestreben und daher wie dieses nur die unsittliche Verletzung eines fremden Verlöbnisses, aber ausdrücklich (Papinians Sentenz, oben S. 54, 103) nicht den von der Kirche einbezogenen Fall der Heirat einer sponsa aliena der Ehebruchsstrafe unterstellen. Es hätte sich somit um Interpolation einer dem weltlichen Verlöbnisrechte direct widersprechenden Norm gehandelt. So erklärt sich, dass wir dieselbe nur in Scholien sehr später Zeit oder in Privatarbeiten und selbst da nur an jenen Stellen citirt finden, wo der genannte Widerspruch am grellsten hervortritt, es sich also entweder um die aus den Digesten übernommenen Sätze über die Infamirung solcher Ehe oder um den citirten negativen Ausspruch Papinians handelt [1]).

γ. Benediction in Verbindung mit Sponsalien.

47. Die ganze bisher besprochene kirchliche Verlöbnisdoctrin und ihr durch die cit. trullanische Entscheidung wesentlich verschärfter Gegensatz zur Auffassung des byzantinischen Rechtes erhielt eine besonders praktische Bedeutung durch ein weiteres Entwicklungsmoment, das in der Folge den Anlass zur Annäherung des Civilrechts an die kanonische Lehre gab und zur schliesslichen Sanktion letzterer seitens der weltlichen Gesetzgebung führte. Dieses bedeutsame Moment war gegeben durch das Streben der Kirche nach Intervention beim Eheschliessungsvorgange in formeller wie jurisdictioneller Beziehung und durch die damit zusammenhängende kirchliche Forderung der ehelichen

[1]) Oben S. 104 u. A. 5 ebd., Scholion Stefani ad c. 13 B. 21, 2 (l. 13 § 3 D. 3, 2). Cf. Zachariae, griech.-röm. Rg. S. 6, Schol. 9 ad l. 13 B. 60, 37 (l. 11 § 7 D. 48, 5): in beiden Stellen ist das Citat der trull. Norm augenscheinlich eine spätere Zuthat. Vgl. ferner Peira (1025) XLIX, 2, 12 bei Zach, J. G. R. I, 223, 227, Prochiron auct. I, 26 (Zach. Proch. p. CLXXVII, J. G. R. VI, 12), wo ganz vereinzelt Infamie und Ehebruchsstrafe, bezw. praetor. Edict und der 98. trull. Kanon nebeneinandergestellt sind. Vgl. noch Zhishman S. 64 u. A. 2 u. 3 ebd.

Benediction vor dem civilrechtlichen Beginne der Ehe. Diese kirchliche Weihe erfolgte somit vom Standpunkte des Civilrechts aus noch im Brautstande, während die Kirche von derselben an schon die Ehe gegeben sah. In diesem Streite über den rechtlichen Beginn der Ehe siegte die Kirche, indem die weitere Entwicklung in ihrem Schoosse zunächst zur Ausbildung eines kirchlichen Formalaktes der Eheschliessung führte, der unter ihrem Einflusse auch für das Civilrecht acceptirt wurde, und sodann mit der Aufstellung einer kirchlichen Verlöbnisform abschloss, die später ebenfalls sammt allen ihren eheähnlichen Wirkungen staatliche Anerkennung fand.

Der über diese interessante Entwicklung bisher aufgestellten Lehre, welche hauptsächlich durch Zhishman, theilweise auch durch Zachariae von Lingenthal vertreten wird, kann ich in einigen wesentlichen Punkten nicht beistimmen [1]).

---

[1]) Um die Einheitlichkeit der vorliegenden Untersuchungen nicht durch zu lange Abschweifung vom Hauptthema zu beeinträchtigen, muss ich mir allerdings versagen, in diesem Zusammenhange auf die Entstehungsgeschichte der griechisch-kirchlichen Verlöbnisbenediction so detaillirt einzugehen, wie es die Aufstellung einer neuen Ansicht, welche von jener der genannten Gelehrten wesentlich abweicht, jedenfalls erfordern würde. Indem ich mir eine erschöpfende Begründung meines Standpunktes für eine selbständige Bearbeitung dieser Nebenfrage vorbehalte, beschränke ich mich gegenwärtig darauf, in möglichst gedrängter Skizze, aber mit genügender quellenmässiger Begründung jene Hauptmomente zu präcisiren, welche den Kern meiner Auffassung ausmachen und die Entwicklung der Verlöbniseinsegnung im Oriente auf Grund erweiterten Quellenmaterials anders und natürlicher erscheinen lassen, als die genannten verdienstvollen Kenner des Rechtes der orientalischen Kirche und des byzantinischen Staates sie dargestellt haben. Mit dieser Skizze verbinde ich gleichzeitig einen historischen Ueberblick über die nachtrullanische Entwicklung des byzantinischen Verlöbnisrechtes, insoweit dieselbe im Anschluss an das S. 112 u. 129 oben Gesagte zur civilrechtlichen Anerkennung der canonischen Bedeutung der mit dem Verlöbnisse verbundenen Benediction führte. Da diese formelle Sanction, nach dem Wortlaute der betreffenden Reformnovellen, gerade hervorgerufen wurde durch die allmählige canonische Ausbildung eines Ehehindernisses der Quasiaffinität als einer der Affinität ganz allgemein gleichgestellten Wirkung des eheähnlichen Verlöbnisses, so bietet sich mir damit auch ein willkommenes Ueber-

Zhishman geht in seiner Geschichte des orientalischen Eherechts S. 143 und mit ihm Zachariae von Lingenthal in seiner Geschichte des griech. röm. Rechtes S. 75, auf Grund der 74. Nov. Leo des Weisen (Ende des neunten Jahrh.), von der Ansicht aus, dass im Oriente neben der bei den nuptiae erfolgenden Einsegnung der Ehe sich sehr früh, jedenfalls lange vor Leo's Reform die Sitte kirchlicher Intervention beim Verlöbnisakte gebildet habe. Nur bei Stattfinden dieser sogenannten Verlöbniseinsegnung habe die Kirche die weitergehenden canonischen Wirkungen des Verlöbnisses im Sinne einer beinahe vollkommenen Gleichstellung mit der Ehe eintreten lassen, während ohne jene das Verlöbnis vor dem Forum der Kirche nur bei Vornahme der Stipulationsform, sonst aber als einfache Verabredung gar keine eheähnliche Wirkung gehabt habe (Zh. S. 142, 151 fg., 385—400, 659).

Zhishman trennt dementsprechend von Anfang an (S. 137) die Darstellung der Entwicklung der Eheeinsegnung (S. 156 fg.) von der Untersuchung über die Entstehung der Verlöbnisbenediction. Die Eheeinsegnung sei ebenfalls frühzeitig (viertes Jahrh., nach S. 157 und S. 139 fg. scheint Zh. sogar die Verlöbnisbenediction als so frühe Sitte anzunehmen) von der Kirche als wesentliche Eheschliessungsform gefordert worden, eine bestimmte Norm dafür lasse sich jedoch nur vermuthen [1]). Die Ekloga Leo des Isaurers und Constantins (740) habe dieselbe den inzwischen theils üblich gewordenen, theils vorgeschriebenen civilrechtlichen Eheschliessungsformen gleichgestellt, bis endlich (die wichtige Bestimmung der Epanagoge

---

gangsmoment, um diese schon angedeutete letzte Consequenz der kirchlichen Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe in Verfolgung des Hauptthemas näher ins Auge zu fassen, dieselbe in rechtshistorischer Entwicklung darzustellen und sodann die Untersuchung der Lehre von der Sponsalaffinität, für das Gebiet der orientalischen Kirche und des byzantinischen Rechtes, mit einer kurzen Erörterung der auch hier erfolgten civilrechtlichen Anerkennung der kirchlichen Doctrin und mit einigen Worten über die weitere excessive Ausbildung letzterer abzuschliessen.

[1]) Vgl. das unten S. 185 fg. Gesagte.

XVI, 1 des Basilius Macedo (884) wird hiebei von Zh. unbegreiflicher Weise übergangen) die 89. Novelle Leo des Weisen die kirchliche Form zur ausschliesslichen und wesentlichen civilrechtlichen Eheschliessungsform machte (S. 158 fg.). Den Beweis seiner Behauptung, dass es sich in diesen Quellensätzen stets nur um die Benediction bei den nuptiae (traductio), also um die sogenannte coronatio (στεφάνωμα) handle, welche eben in der Epanagoge und in vielen anderen Quellensätzen [1]) von der ehelichen benedictio (ἱερολογία) ausdrücklich unterschieden wird, bleibt Zh. schuldig. Auch scheint ihm die Möglichkeit einer, längere Zeit vor dem Ehevollzuge erfolgenden ehelichen Benediction gar nicht in den Sinn gekommen zu sein, so nahe dies die Quellen und die ganze Entwicklung legen und obwohl er selbst S. 137 für die antike griechische Sitte das Stattfinden religiöser Ceremonien für die schon Verlobten annimmt [2]) und eine Fortsetzung derselben durch christliche Cultusakte nicht unwahrscheinlich ist.

Die Verlöbniseinsegnung nun, behauptet Zhishman S. 143, werde bereits in der 74. Novelle Leo des Weisen als „allgemeine Sitte“ vorausgesetzt und dieselbe dort als kirchliche Verlöbnisform (unter gleichzeitiger Vorschrift des Pubertätstermins für deren Stattfinden) mit der wesentlichen civilrechtlichen Wirkung betheilt, dass das so eingegangene Brautverhältnis wie Ehe zu behandeln sei. Diese Vorschrift sei sodann, fährt Zh. S. 146 fort, in der Praxis dahin interpretirt worden, dass die Einsegnung beim Verlöbnisse von nun an auch als wesentliche civilrechtliche Verlöbnisform anerkannt und vorgeschrieben worden sei und dass daher, wie in der Kirche, so auch vor dem Civilforum nur das benedicirte Verlöbnis als vollgiltiges angesehen werden könne. Im praktischen Leben habe man jedoch diesen Formalakt eben wegen seiner eheähnlichen Wirkung sowie wegen der festgesetzten

---

[1]) Vgl. unten S. 79 Anm. 1.

[2]) Die betreffenden Sätze Zh's. sind wörtlich aus Rossbach's röm. Ehe S. 228 ohne Angabe der Quelle entnommen; über gleiches Vorgehen sich mit Recht auch Zachariae, gr.-röm. R. Vorrede XI beklagt.

Altersgrenze zeitlich möglichst nahe an die eigentliche Eucho-logie der Ehe verschoben, ja mit derselben oft zu einer Doppel-ceremonie vereinigt. Die Novellen 7 und 14 (ao. 1084, 1092) des Kaisers Alexius I. Comnenus hätten diese civilistische Interpretation, die durch die kirchliche Praxis begreiflicherweise unterstützt, ja vielleicht hervorgerufen wurde, für das Civilrecht anerkannt und dadurch der entstandenen Unsicherheit über den gesetzlichen Begriff und die legale Form des Verlöbnisses ein Ende gemacht, jedoch zugleich die zeitliche Trennung beider Benedictionsakte, trotz ihrer wesentlich gleichen, fast nur nominell unterschiedenen Wirkung, im Sinne der genaueren kirchlichen Lehre vorgeschrieben. Weitere Controversen über die eheähnliche Wirkung benedicirter Verlöbnisse und den Widerspruch derselben mit der Auffassung der Basiliken, endlich die Opposition gegen die orientalischer Sitte widerstrebende Altersgrenze für Verlöbnisse habe derselbe Kaiser durch Abschaffung der Conventionalstrafe und Betonung der kaiserlichen Dispensationsbefugnis betreff des genannten Termins zu beseitigen gesucht.

Da aber in diesen beiden Novellen neben dem nun civilrechtlich allein vollgiltigen benedicirten Verlöbnisse als dem wesentlichen Formalakte der Verlobung ausdrücklich auch das einfache Civilverlöbnis als Vertrag und Eheversprechen mit den bisherigen civilrechtlichen Wirkungen aufrecht erhalten wurde, so ergibt sich nach Zhishman als Resultat der ganzen Entwicklung, dass zwischen die sponsalia des römisch-byzantinischen Rechtes und die neugeschaffene civilrechtliche Eheschliessungsform der Benediction unter dem Einflusse der canonischen Lehre noch ein dritter Formalact eingeschoben wurde, welcher in einer neuen civilrechtlichen Sponsalienform, der Verlöbniseuchologie, mit fast ehegleicher Wirkung bestand. Diese zweite Form sei nichts anderes als die schon lange üblich gewesene kirchliche Intervention und Weihe beim Verlöbnisse mit den aus ihr und der allgemeinen canonischen Gleichbewertung von Brautstand und Ehe abgeleiteten Wirkungen. Für das nicht eingesegnete Civilverlöbnis hätte die Kirche in gleicher Weise wie das weltliche Recht die Unterscheidung in (stipulirtes) Formalverlöbnis und

(nicht stipulirtes) einfaches Eheversprechen beibehalten, so dass unter Umständen der ganze Eheschliessungsvorgang folgende sechs Stadien mit sich steigernder Wirkung umfasste: einfaches Eheversprechen, formelle Verlobung, Benediction der Brautleute, Ehevertrag, Benediction der Ehe, Heimführung.

48. Gegen dieses Endresultat der Darstellung Zhishman's, lässt sich nun, abgesehen von der unhaltbaren Unterscheidung in stipulirtes und nicht stipulirtes Verlöbnis, im allgemeinen nichts einwenden. Dasselbe ergibt sich so unleugbar aus der alexianischen Reform, dass eine andere Interpretation völlig ausgeschlossen erscheint und selbst von der streitlustigen Jurisprudenz der zeitgenössischen griechischen Kirche nicht versucht wurde. Hingegen kann ich der von dem genannten Gelehrten vertretenen Interpretation der voralexianischen Quellen des byzantinischen und griechisch-kirchlichen Verlöbnisrechts und dem darauf gegründeten Entwicklungsbilde in wichtigen Punkten nicht zustimmen. Zhishman ist hiebei vielfach — gelinde gesagt — zu sehr im Banne einer vorgefassten Ansicht gestanden und hat aus den Quellen herausgelesen, was nicht nur nicht in oder zwischen den Zeilen des Wortlautes derselben zu finden ist, sondern oft von letzterem direct negirt wird.

Die Berichtigungen und Ergänzungen, welche ich diesbezüglich zum Theil auf Grund desselben Quellenmaterials, zum Theil fussend auf anderen von Zhishman übergangenen oder übersehenen rechtsgeschichtlichen Belegen anzuführen habe, beginne ich bei dem Kernpunkte der Darstellung Zhishmans, dass schon frühzeitig vor Leo dem Weisen eine Verlöbnisbenediction als kirchlicher Formalakt, als Sponsalienform in verbreiteter Uebung gestanden habe oder von der Kirche gefordert worden sei, so dass der genannte Herrscher des 9. Jahrhunderts sie als allgemeine Sitte voraussetzen konnte und wirklich vorausgesetzt habe. Diese These erweist sich nach den Quellen als eine sehr vage Hypothese, zu deren Unterstützung sich bis zu den Novellen Kaiser Alexius I. Comnenus (Mitte des elften Jahrhunderts) auch nicht ein Beleg mit einiger Berechtigung namhaft machen lässt. Die von Zh. hiezu S. 139 angeführten spär-

lichen Quellenzeugnisse der ältesten Zeit sprechen alle unzweideutig nur von Intervention der Kirche behufs Segnung der Ehe. Diese und nur diese, nicht aber der Brautstand sollte geweiht werden, die Benediction war eine Voraussetzung der kirchlichen Anerkennung eines Geschlechtsverhältnisses als Ehe, sie war eine Folge, aber nicht eine Form des Verlöbnisses [1]). Diese Intervention der Kirche behufs Weihe der (beabsichtigten) Ehe fiel aber aus Gründen, die weiter unten einer näheren Würdigung werden unterzogen werden, meist in die Zeit zwischen sponsalia und deductio (nuptiae). Eine Einsegnungsceremonie nach erfolgter Heimführung, also eine Benediction

---

[1]) Nur in diesem Sinne, nicht aber als Zeugnisse für Verlöbniseinsegnung können Ignatius ep. gen. ad Polycarpum c. 5 (M. P. G. 5, 723), Tertullian de pud. c. 4, ad uxorem II, 9 (M. P. Lat. I, 1415: 2, 1038) interpretirt werden. Sie sprechen nur von γάμος, πρέπει δὲ τοῖς γαμοῦσι καὶ ταῖς γαμουμέναις etc., auch Nov. Just. 74 c. 4 und 5, die Zhishman l. c. heranzieht, spricht nur von traductio nach erfolgter kirchlicher Beschwörung der affectio maritalis (cf. S. 142 A. 2 oben), von Intervention der Kirche und Weihe des Verlöbnisses ist dabei nicht die Rede. Der 98. trull. Kanon spricht einfach von Verlöbnis, ohne der Einsegnung zu erwähnen; wäre er, wie Zachariae l. c. S. 75 sagt, von der Kirche als eine Folge letzterer aufgefasst gewesen, so hätte sie dies (gegenüber dem nicht geweihten Verlöbnisse) zum Ausdrucke bringen müssen. Wenn endlich Zhishman S. 139 den Satz Zachariae's l. c. nachschreibt, dass „die Kirche in ihrem Eifer für die Heiligung der Ehe (allmählich) auch die Verlobung durch Anwendung der kirchlichen Einsegnung zu einer religiösen Feierlichkeit gestaltete", so übersieht er hiebei, dass Zachariae hier nicht schon die allererste Zeit im Auge hatte, sondern nur den trullanischen Kanon und die späteren Reformen des byzant. Verlöbnisrechts begründen will. Endlich ist doch ein wesentlicher Unterschied zwischen ehelicher Benediction beim Verlöbnisse und Benedictionsform des Verlöbnisses selbst. Nicht einmal die feierlichen Segenssprüche des jüdischen Verlobungsceremoniells hatten den Charakter einer priesterlichen Einsegnung und wesentlichen Form, der nicht christliche Cultus jener Zeit kannte nur mehr religiöse Gebräuche bei der Heimführung; woran hätte die Kirche hier anknüpfen sollen, und wenn sie neue Ceremonien schuf, warum fehlt jegliche Andeutung, dass sie dieselben zur Giltigkeit des Verlöbnisses vor ihrem Forum gefordert hätte? Man vgl. Freisen, aaO. S. 93, 95, Zhishman S. 137 u. 155 und die S. 137 A. 1 und 2 ebd. cit. Literatur, endlich oben S. 134 A. u. 137 A. 1.

der consumirten Ehe lässt sich für die christliche Zeit nicht mehr mit Sicherheit constatiren [1]). Ebensowenig findet Zh's.

[1]) Nur c. 65 Nicephori (Pitra ed. II, 334) spricht von περὶ τοῦ στεφανῶσαι μονάζοντα τοὺς ἐν γάμῳ—στεφανῶσαι τοὺς νεονύμφους, also von Einsegnung der Neuvermählten. Es ist wahrscheinlich, dass Nicephor (806—815) hier eine Einsegnung nach erfolgtem schriftlichen Ehevertrage, der damals vorgeschrieben war und die Ehe schloss, im Sinne hatte. Vgl. auch Peira (1050 ca.) XLIX, 24, 25, 34, 35 (Zach. J. G. R. I, 230 squ.) Sonst sprechen im Allgemeinen die älteren Quellen von kirchlicher Intervention bei der traductio; (z. B. Joh. Chrysostomus hom. in ep. I Cor. v. 7: Ἐννόησον ἡλίκον ἐστὶ τοσαύτας ἐπὶ τῆς κεφαλῆς εὐλογίας λαβοῦσαν τὴν νύμφην εἰς τὴν οἰκίαν εἰσιέναι τοῦ νυμφίου . . Πόσων στεφάνων ταῦτα σεμνότερα . .); die späteren z. B. Peira XLIX, 22 (Zach. J. G. R. I, 229) lassen erkennen, dass die Benediction der beabsichtigten Ehe sehr häufig lange vor der Heimführung erfolgte. Ersterer Zeitpunkt war der ursprünglichere und natürlichere. Er entsprach einmal dem antiken Gebrauche (Opfer, Gebete und Bekränzung (στεφάνωμα) der sponsi vor der traductio); die Kirche konnte also leicht ihre Ceremonie an dessen Stelle setzen, andererseits musste sie diesen Moment wählen, denn namentlich beim niederen Volke oder wenn die Sponsalien überhaupt fehlten (cf. Nicolai patr. decr. 3, Patr. Alexii decr. 3, Σ. V, 33, M. P. G. 119, 766, 846), waren die nuptiae das einzige äusserlich in die Augen springende Zeichen stattfindenden Eheschlusses. Die kirchliche Ceremonie erfolgte dann unmittelbar vor der pompa nuptialis. So fordern c. 54 C. Laodicea und c. 24 syn. Trull., dass der zur Hochzeit gerufene Geistliche sich vor dem Beginne der Festspiele entfernen solle; wiederholt treffen wir das Gebot der Enthaltsamkeit in der auf die Weihe folgenden Nacht, vgl. bes. Resp. Nicetae Thessal., Theodor. Balsamonis ad Marc. c. 10 (M. P. G. 119, 1043, Σ. IV, 456) und die bei Zhishman S. 123 A. 1 angef. Citate (für das Abendland vgl. c. 101 stat. eccl. ant., ed. Bruns, I. 143 = c. ult. D. 23 = c. 5 C. 30 qu. 5). Ganz allgemein sagt noch Nicolaus Priscus l. c.: μεθ' ἱερολογίας ἠγάγετο. Ueber die Bedeutung von εὐλογία und στεφάνωμα, welche Termini nebeneinander, alternativ und einzeln für Eheeinsegnung gebraucht werden, siehe w. u. S. 197 A. 1. Cf. Tertullian ad uxorem II. c. 9 (M. P. G. 2, 1038) und Thimotheus Alex. Resp. 11 (P. I, 632) sprechen wieder von oblatio neben benedictio, προσφορὰν ποιῆσαι; interessant ist c. 90 Nicephori (P. II, 336), der Benediction (εὐλογηθῆναι καὶ μετὰ ἱερολογίας ἔχειν) der Concubine verlangt. Alles läuft mit Ausnahme der letzten Stelle u. c. 65 Niceph. darauf hinaus, dass vor der ἕνωσις, der thatsächlichen Lebensgemeinschaft, die kirchliche Weihe erfolge. Dieselbe wird vielfach als eine auf das Verlöbnis folgende Phase des Eheschliessungsvorgangs hingestellt (Balsamon Schol. ad Photii Nomocanon

Annahme, dass man frühzeitig Sponsalien oder Dotalverträge unter directer oder mittelbarer Intervention der Kirche geschlossen habe, vor dem elften Jahrhunderte irgend wie eine Bestätigung. Die Weihe ist stets als ein auf das geschlossene Verlöbnis, und zwar nicht unmittelbar, folgender Akt gedacht; da ferner das Verlöbnis meistens ohne eheschliessenden Formalakt durch blossen Ehevollzug in wirkliche Ehe übergieng, so war stets die beabsichtigte Ehe, nicht aber das Brautverhältnis Gegenstand der kirchlichen Weihe. Für eine doppelte Weihe aber findet sich bis zu den Novellen des Kaisers Alexius I. Comnenus (elftes Jahrh.) nicht der geringste Anhaltspunkt in den kirchlichen wie weltlichen Quellen.

Ganz richtig sagt zwar Zh. S. 139, dass „es übrigens der Kirche nur an einem Erkennungsmittel der ehelichen Absicht gelegen war" und es „ihr gleichgalt, ob die συναίνεσις (consensus) zur Beruhigung und Versicherung der Kirche entweder durch das feierliche Verlöbnis oder durch wirkliche Eingehung der Ehe ausgesprochen wurde"; dass für sie also „in diesem Sinne die Bedeutung des Verlöbnisses und der wirklichen Eingehung der Ehe auf derselben Linie stand". Damit gibt Zh. aber nur die naheliegende Erklärung für die Thatsache, dass es der Kirche eben gleichgiltig war, in welchem Stadium des civilrechtlichen Eheschliessungsvorganges sie die Constatirung der ehelichen Absicht und die Weihe der Ehe vornahm. Es ist diese Erwägung, die in den Quellen übrigens nicht direct ausgesprochen, sondern nur

XIII, 2, (Σ. I, 279, M. P. G. 104, 1171): Εἰ δὲ οὐκ ἔφθασε γενέσθαι τελεία ἱεροτελεστία, ἀλλὰ μόνη μνηστεία παρηκολούθησε etc.). Man vgl. die später citirte Ausdrucksweise in den Novellen des Leo phil. 74, 89, 109, 112, welche nur dahin zu interpretiren ist, dass die Weihe noch vor der traductio das Verlöbnis zur Ehe mache. In dieser späteren Zeit, wo sehr oft von στεφάνωμα neben ἱερολογία die Rede ist, finden wir Zeugnisse, dass die kirchliche Weihe heimlich oder gar nicht vorgenommen wurde (Proch. IV, 27, Nov. Leonis phil. 89). Da aber in jener Zeit die kirchlich geforderte Einsegnung ganz allgemein in Uebung war, so liegt die Vermuthung nahe, dass die bezeichneten Civilrechtssätze nur eine Wiederholung der vorzeitigen kirchlichen Ceremonie beim weltlichen Eheschliessungsakt (Ehevertrag oder traductio) und damit möglichste Oeffentlichkeit des Eheschlusses betonen wollten. Näheres darüber w. u. S. 206 u. A. 4.

zwischen den Zeilen zu lesen ist, allerdings ein schätzenswerther Beitrag zur kirchlichen Lehre von der principiellen Gleichstellung von Ehe und Brautstand, aber ein Argument für die Existenz einer Benediction als kirchlicher Verlöbnisform, wie Zh. annehmen will, ist damit keineswegs gewonnen [1]). Dass

[1]) Zhishman versucht bei dem Mangel einschlägiger Quellenzeugnisse seine genannte Ansicht mit manchen künstlichen Hypothesen zu begründen und geräth dabei im Laufe der Darstellung mit sich selbst öfters in Widerspruch. So sagt er S. 139 „dass die Kirche von den Contrahenten bloss das Versprechen forderte, in christlichem Sinne die Ehe eingehen zu wollen", m. a. W. dass der Kirche der Verlöbnisconsens genügte. S. 143 u. 155 wird aber die Einsegnung nicht nur als allgemein in Uebung stehende Verlöbnisform, sondern auch als Quelle der vollen Verlöbniswirkungen bezeichnet, S. 139, 157 wird endlich die Benediction schlechthin als kirchlich allgemein vorgeschriebene Eheschliessungsform erklärt. Wozu bedurfte es so verschiedener Formen, wenn die Kirche für den Beweis der affectio maritalis vor ihrem Forum die Bedeutung des feierlichen Verlöbnisses und der wirklichen Eingehung der Ehe in eine Linie stellte? Der Kirche war es nur um den Ehecharacter und um die priesterliche Weihe der sexuellen Verbindung zu thun. Betreff des Verlöbnisses aber übersieht Zh. in diesem Zusammenhange vollständig, dass die canonische Gleichbewertung von Brautstand und Ehe in dieser Frage eine natürliche Folge der allgemeinen kirchlichen Beurtheilung des Verlöbnisses war, die in anderen Dingen als in dem formellen und religiösen Momente der Weihe ihren Grund hatte. Letztere mag erst später, als sie Verlöbnisform zu werden begann, zur Verstärkung dieser allgemeinen Gleichstellung beigetragen haben, welche thatsächlich mit den Novellen Kaiser Alexius I. eine vollkommene wurde. Aber die Benediction war vor dieser Zeit nie Verlöbnisform in dem Sinne, dass die Kirche ein nicht benedicirtes Verlöbnis nicht als vollwirksam anerkannt hätte. Es ist eine rein willkürliche Annahme und durch keine Quellenstelle erweisbar noch durch Zh. Darstellung begründet, dass, wie er S. 155 sagt, die Abhängigkeit der vollen Verlöbniswirkung von der Intervention der Kirche nicht auf eine Concession der Kaiser Leo und Alexius I. Comn. sondern auf die althergebrachten und festen Anschauungen der Kirche zurückzuführen sei. Vielmehr bis zur Zeit, die unmittelbar dem letztgenannten Herrscher vorangieng, betheilte die Kirche auch das nicht benedicirte feierliche Verlöbnis mit voller Wirkung und die Gleichstellung desselben mit der Ehe war durch die Weihe gar nicht bedingt. Die Entwicklung der Verlöbnisweihe und die Verknüpfung der genannten Folgen mit derselben gehört der späteren Periode an und entsprang aus anderen Gründen. Es wäre schliesslich doch unerklärlich, dass die Kirche für zwei von ihr gleichbehandelte Personen-

ferner wie Zh. S. 142, 147 annehmen will, die Kirche die Einsegnungsceremonie als kirchliche Verlobungsform nur nach einem förmlichen Verlöbnisse vorgenommen hätte, lässt sich bis ins elfte Jahrhundert durch kein Quellenzeugnis begründen [1]). Wohl aber ist es wahrscheinlich, dass auf das mit symbolischen Formen abgeschlossene Verlöbnis sehr häufig die kirchliche Weiheceremonie im Sinne einer Benediction der Ehe, also als kirchliche Eheschliessungsform nach kurzer Zwischenpause, vielleicht auch unmittelbar folgte. Es hätte dies nur der oben S. 135 erwähnten Volksanschauung entsprochen, welche mit einer derartigen Verlobungsfeier schon eine Art geistiger Uebergabe der sponsi gegeben sah und daher wohl auch die kirchliche Benediction der beabsichtigten, nur des Vollzuges noch entbehrenden Ehe als willkommenes Moment betrachtete, um die civilrechtlich geringe Gebundenheit der Verlobten zu bestärken und zugleich der Vorschrift der Kirche zu genügen. Die Kirche hatte gegen eine solche Uebung gewiss dann nichts einzuwenden, wenn der Ehevollzug für kurze Zeit darauf festgesetzt war. Und dies war wohl auch die Regel.

verhältnisse verschiedene Formalakte gefordert hätte, und dies noch dazu zu einer Zeit und in einer Rechtsmaterie, in der das Princip der Formlosigkeit in Gesetzgebung und Praxis noch in weitester Ausdehnung galt.

[1]) Zhishman leitet dies aus Novelle 7 Kaisers Alexius I. Comnenus (1084) ab (M. P. G. 104, 1179, 1183, Zach. J. G. R. III, 360, 363), welche die προεισοδίους τῶν γάμων εὐχὰς ἐπὶ μνηστείᾳ συντελεσθεῖσας (τῶν εὐχῶν ἱερὰ ἐπῳδὴ) als der neuen Sitte seiner Zeit entsprechend vorschreibt und dabei der Bestärkungsform der Arrha und des Brautkusses (τοῦ ἀρραβῶνος καὶ τοῦ φιλίου τοῖς μνηστῆρσι φιλήματος), als der συνήθεις ταύτῃ παρατηρήσεις gedenkt (vgl. oben S. 135 A. 1). Aber auch dieses Zeugnis, welches sich nur auf jene späte Zeit bezieht, schliesst damit nicht aus, dass auch zu einem einfachen Eheversprechen, besonders wenn dasselbe durch die Eltern abgegeben wurde, der Segen der Kirche erbeten wurde, um die Verflichtung zu bestärken. Natürlicher ist es allerdings, dass man nur bei einem feierlichen Verlöbnisse die Intervention der Kirche erbat, aber Zeugnisse für letztere finden sich überhaupt erst in der nachalexianischen Periode. In dieser Zeit aber traten die älteren feierlichen Formen gegenüber der kirchlichen Weiheceremonie ganz in den Hintergrund und äussern nur noch bei Mangel dieser ihre frühere Bedeutung gegenüber dem formlosen Eheversprechen.

Aber auch wenn dies nicht der Fall war, hatte die Kirche allgemeine Beweggründe genug, die vorgeschriebene Benediction der Ehe vor der Heimführung, ja im Anschlusse an die Sponsalien vorzunehmen und die Gläubigen in diesem Sinne zu belehren. Schon solange es der Kirche nur um die einfache Heiligung der beabsichtigten oder zu vollziehenden Ehe, um das nubere in domino zu thun war, war es in ihrem Interesse, die priesterliche Intervention eher an jenen Akt anzuschliessen, in dem sich alle civilrechtlichen und socialen die Ehe vorbereitenden Vorgänge zusammendrängten, als an die noch lange mit heidnischen Symbolen vermengte pompa nuptialis, an der theilzunehmen den Priestern streng verboten wurde (oben S. 186 A.). Seit es sich aber für die Kirche um die Anerkennung und Geltendmachung ihrer stets wachsenden Jurisdiction in Ehesachen handelte, konnte diese ebenfalls nur in jenem Stadium des Eheschliessungsvorganges wirksam gehandhabt werden, da die Ehe noch nicht begonnen hatte und die Kirche durch Verweigerung ihrer Intervention ein vorhandenes canonisches Ehehindernis betonen, durch Verbot der Ehe geltend machen und auf die Betheiligten noch zur rechten Stunde einwirken konnte [1]).

---

[1]) Die Kirche hat sehr oft die Einsegnung versagt und dadurch die Nichtanerkennung oder Misbilligung der Ehe vor ihrem Forum ausgesprochen. Vgl. Zhishman, S. 156, 412 fg. Zu den dortigen Citaten noch c. 8, 114, 124, 148, 149, 153, 181 S. Niceph. (P. II, 341), tom. Sisinnii (Σ. V, 16, M. P. G. 119, 740), tom. unionis Constant. Porph. et Roman. L. (Σ. V, 8, Zach. J. G. R. III, 233, Zh. S. 61, 441), Nicetas Thessal. (M. P. G. 119, 935), Balsamon resp. 63 (M. P. G. 119, 1090). Wurde die Kirche jedoch erst zur Hochzeit selbst gerufen, um die Benediction vorzunehmen, so lag Gefahr nahe, dass trotz ihres Protestes die Ehe doch vollzogen wurde; vgl. resp. Thimothei c. 11 (P. I, 632, Σ. IV, 337), cf. Matth. Blast. γ, c. 9 (M. P. G. 119, 1270, Σ. VI, 168). Die kirchliche Nichtanerkennung einer vollzogenen, civilrechtlich giltigen Ehe war aber damals praktisch illusorisch, so dass die Kirche oft auf die Geltendmachung von Ehehindernissen verzichtete (vgl. c. 13 Theophili, Johannes Chart. patr. decr. inc. (P. I, 649, M. P. G. 119, 902). Wie energisch die Kirche die benedictio zur Bedingung kanonischer Giltigkeit der Ehe machte, beweisen c. 90 u. 199 Nicephor. (P. II, 336, 346, cf. resp. Petri, M. P. G. 119, 1195), welche die nicht benedicirte (erste) Ehe als fornicatio erklären und bestrafen.

Ferner hatte die oft erwähnte antike Sitte, das verlobte Mädchen dem zukünftigen Schwiegervater ins Haus zu geben und so in engere Familiengemeinschaft mit dem sponsus treten zu lassen, sich auch in christliche Zeit hinein erhalten (vgl. oben S. 21 A. 3, 136, A. 1). In diesem Falle hatte die Kirche grosses Interesse, durch die kirchliche Weihe ein solches intimes Verhältnis für ihr Forum möglichst schnell mit dem Charakter geschlossener (noch nicht vollzogener) Ehe zu bekleiden und dementsprechend zu beurtheilen.

Zu all diesen Gründen, die es erklärlich erscheinen lassen, dass die Kirche es vorzog unmittelbar bei den Sponsalien zu interveniren, selbst wenn diese oft sehr früh, ja in für die Ehe untauglichem Alter abgeschlossen wurden, gesellte sich noch ein nicht zu unterschätzendes Motiv. Wenn nämlich gar keine Sponsalien abgeschlossen worden waren, wie wohl beim niederen Volke vorkam, so erschien die Heimführung allein als Eheschliessungsakt. Wurde nun vorher die kirchliche Weihe der beabsichtigten und der Kirche angezeigten [1]) Ehe vorgenommen, so mochte sich wohl bald die Ansicht gebildet haben, dass die kirchliche Feier eigentlich die Ehe schliesse, da von ihr an das Verhältnis vor dem Forum der Kirche als Ehe galt; die civilrechtliche Bedeutung der traductio in domum mariti, des Ehevollzugs trat damit in den Hintergrund. Diese Auffassung fand die lebhafteste Unterstützung in der allgemeinen Tendenz der

---

Für Unfreie wurde die Einsegnung erst vom 11. Jahrh. an Vorschrift, vgl. Resp. Nicetae Mitylen. (M. P. G. 119, 999, 1123, Σ. V, 443), Nov. Alexii I. Comnen. 1095 (Zach. J. G. R. III, 404), Resp. Petri Chartophyl. (M. P. G. 119, 1095, Σ. V, 371). Näheres über Jurisdictionsverhältnisse zwischen griech. Kirche und byzant. Ehegesetzgebung bei Zhishman, S. 9, 19, 120 fg., 138 fg., 157, 182 fg., 330, 369, 385, 687. Zu ergänzen hiezu: Ignatius ep. gen. ad Polycarp. c. 5 (M. P. G. 5, 723, ed. Petermann, Lips. 1849, p. 275); Johannes Chrysostomus hom. 3 (M. P. G. 51, 226), Hieronymus ep. 87, ed. Vallars. I, 455; Mitwirkung des Bischofs bei Ehen der Kinder von furiosi: Proch. I. 13 (cf. Proch. auct. I, 17, Epanag. auct. XII, 14 (ed. Zachariae Proch. p. CXII, CLXXIV, 17).

[1]) Vgl. die bekannte Stelle bei Tertullian de pudic. c. 4 (M. P. L. I, 1415) und Zhishman S. 139.

damaligen weltlichen und kirchlichen Gesetzgebung, das Princip der Formlosigkeit der freien Ehe zu brechen und einen öffentlichen Formalakt der Eheschliessung zu schaffen, der den Bestand vollgiltiger Ehe a priori garantiren würde. Vor dem Forum der Kirche erfüllte nun die Benediction diesen Zweck, diese erschien als der den Ehecharakter bestätigende kirchliche Formalakt und wenn die Kirche denselben vor dem civilrechtlichen Ehebeginn vornahm, so konnte sie auf diesem Wege leicht die Anerkennung der Benediction als Eheschliessungsform zunächst in der Praxis durchsetzen und deren civilrechtliche Einführung anbahnen.

So ist es dann auch thatsächlich gekommen. Solange aber die Benediction civilrechtlich nicht als Eheschliessungsform anerkannt war, hatte sie civilrechtlich nur nebensächliche Bedeutung. Das eingesegnete Verhältnis, das kirchlich als Ehe angesehen wurde, war civilrechtlich nur ein Verlöbnis, bis nicht die traductio oder später der Ehevertrag stattgefunden hatte. Die eheliche Benediction, welche als kirchliche Eheschliessungsform während des Brautstandes vorgenommen wurde, war also civilrechtlich nur eine weitere Phase des letzteren, eine nur auf kirchlicher Vorschrift beruhende, das weltliche Recht nicht tangirende Erweiterung der durch sponsalia begründeten Verpflichtung. Nie aber war zu jener Zeit die Benediction Verlöbnisform, weder für das weltliche, noch für das kirchliche Recht, mochte sie auch für ersteres bei unmittelbarem Anschluss an die Sponsalien den Anschein einer solchen gewinnen [1]).

49. Dieser Gegensatz civilrechtlicher und canonischer Lehre über die Bedeutung der Benediction im Brautstande entfiel principiell von dem Momente an, da das Civilrecht unter dem wachsenden Einflusse kirchlicher Auffassung und selbst gedrängt

---

[1]) Eine solche Verbindung der ehelichen Benediction mit den Verlobungsceremonien lässt sich quellenmässig nicht constatiren, die Benediction wird stets als ein späterer Akt bezeichnet. Die Kirche hat, solange die kirchliche Eheschliessungsform nicht civilrechtlich anerkannt war, dieselbe wahrscheinlich nicht unmittelbar an die Sponsalien angeschlossen, damit der dargestellte Gegensatz zum Civilrechte nicht zu schroff werde.

von dem immer mehr sich geltend machenden Bedürfnisse nach einem öffentlichen und formellen Eheschliessungsakte neben anderen neuen Formen auch die kirchliche Weiheceremonie als facultative Eheschliessungsform für sein Forum anerkannte [1]).

Jedoch für einen Fall blieb der alte Gegensatz fortbestehen, für den Fall der Unmündigkeit eines oder beider Contrahenten. Das Civilrecht [2]) betrachtete die Ehe Unmündiger als matr. non justum, als rechtsunwirksam. Sponsalien konnten nach zurückgelegtem siebten Lebensjahre stattfinden [3]). In den canonischen

---

[1]) Ecloga II, 8, ao. 740 (ed. Zachariae in Collectio libr. jur. Gr. R. Lips. 1852, p. 19), cf. Ecloga priv. aucta II, 2 u. Ecloga ad Proch. mut. II, 16, Proch. auct. VIII, 65 (ed. Zach. J. G. R. IV, 8, 68, VI, 33): Καὶ ἀγράφως συνίσταται γάμος ἀδόλως συναινέσει τῶν συναλλασσόντων προσώπων καὶ τῶν τούτων γονέων, εἴτε ἐν ἐκκλησίᾳ τοῦτο δι' εὐλογίας ἢ καὶ ἐπὶ φίλων γνωρισθῇ. Hier erscheint die Euchologie (ebenso wie die Zeugschaft der Freunde) als ausnahmsweiser Ersatz des schriftlichen Ehevertrages (Ecloga II, 3) und als Beweis der affectio maritalis für den Fall hingestellt, dass κατὰ στένωσιν ἢ διὰ ταπείνωσιν μὴ δυνηθῇ τις εὐπρολήπτως καὶ ἐγγράφως ποιῆσαι γάμον. In Epanagoge XVI, 1, ao. 884 (ed. Zach. Coll. p. 106) ist die Benediction ebenso wie die Bekränzung als civilrechtliche Eheschliessungsform dem Ehevertrage ganz gleichgestellt: Γάμος ἐστὶν ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς συνάφεια καὶ συγκλήρωσις πάσης τῆς ζωῆς εἴτε δι' εὐλογίας εἴτε διὰ στεφανώματος ἢ διὰ συμβολαίου. Τὰ δὲ παρὰ ταῦτα γινόμενα ὡς μηδὲ γεγονότα λογιζόμεθα. Durch Proch. IV, 27 ao. 870, (ed. Zach. Proch. p. 34) wird das heimliche στεφάνωμα verboten und mit der 89. Nov. Leo des Weisen (ca. 893, M. P. G. 107, 602, Zach. J. G. R. III, 185) wird die μαρτυρία τῆς ἱερᾶς εὐλογίας zur durchaus wesentlichen Form. Die Eclogastelle ist bei Zh. S. 158 unrichtig und irreführend übersetzt, die Norm der Epanagoge ist unbegreiflicherweise ganz übergangen, obwohl Zh. S. 54 fg. diese Compilation als publicirtes Gesetz und nicht wie Zachariae, Gesch. d. gr. r. R. S. 22, 84 als nicht publicirten Gesetzentwurf betrachtet.

[2]) Ulp. V, 2, XI, 28, Gai. I, 196, l. 9 D. 23, 1, l. 32 § 27 D. 24, 1 Instit. I, 10 pr. I, 22 pr., l. 24 C. 5, 4, l. 3 C. 5, 60, Ecloga, II, 1, Proch. IV, 3, Epanagoge XVI, 2, l. 7 B. 28, 1, l. 3, B. 38, 19 und Scholion z. c. Cirilli: Ὁ πρὸ τῆς ἥβης γάμος οὔτε γάμος ἐστὶ οὔτε μνηστείαν ποιεῖ. Ἡ δὲ προηγησαμένη μνηστεία μένει ἐπὶ σχήματος.

[3]) l. 14 D. 23, 1, l. 24 C. 5, 4. Ecloga, I, 1, Epanag. XIV, 11, Proch. I, 8. Näheres zur Frage in v. Hörmann, desp. impuberum, S. 16 fg.

Quellen lässt sich aber nicht ein einziger Beleg finden, dass die Kirche die Euchologie als Eheschliessungsform nur für Mündige zugelassen habe. Im Gegentheil, es lässt sich aus den zahlreichen Strafbestimmungen des weltlichen Rechts gegen die Benediction Unmündiger entnehmen, dass die Kirche hier ihrerseits kein Verbot aufgestellt hatte [1]). Die Sitte frühzeitiger Eheschliessung

---

[1]) Zhishman, S. 182, 202 vertritt „auf Grund vieler Zeugnisse" (die er aber nicht anführt) die Ansicht, dass die Kirche „jede vor dem kanonisch festgestellten Alter geschlossene Ehe als nichtig erklärte" und mit Ausschluss von l. 4 D. 23, 2 = l. 3 Bas. 28, 4 sich dem bürgerlichen Rechte angeschlossen habe. Diese Annahme ist sehr willkürlich. Die griechische Kirche (betr. der lateinischen vgl. Freisen, l. c. S. 324, v. Hörmann, l. c. S. 26 fg.) hat vielmehr bis zum elften Jahrhundert kein imp. aetatis ausdrücklich festgesetzt. Ein solches wäre, ebenso wie thatsächlich die civilrechtliche Altersgrenze, mit Rücksicht auf die obcit. Digestenstelle, welche die Ehe mit einer Unmündigen mit Eintritt der aetas legitima convalidiren lässt (Epanagoge XVI, 13, Proch. IV, 5) und auf die Sitte, die Verlobte in das Haus des zukünftigen Schwiegervaters zu führen, sehr illusorisch gewesen (vgl. auch Sehling, Unterscheid. der Verl., S. 16, 22). Auch hatte l. 24 C. 5, 4 (Justinian) = l. 36 B. 38, 4 ausdrücklich bestimmt, dass nicht die Zeit der Mündigkeit, sondern die Zeit des Ehevertrages für rechtliche Wirkungen der Ehe massgebend sein solle. Die bei Basilius c. 8 Regul. (= c. 1 C. 20 qu. 1) u. c. 18 ep. can. ad Amphiloch. vorfindlichen Altersgrenzen für die Mündigkeit bezw. Professfähigkeit beweisen die Unsicherheit der kirchlichen Lehre und Praxis, welche Basilius selbst als blosse Sitte hinstellt (ex quo adulta jam aetas esse coeperit et quae solet apta nuptiis deputari ac perfecta). Die Illegitimität der Verbindung Unmündiger vor dem bürgerlichen Forum genügte einerseits der Kirche, andererseits mag der Grund der Erscheinung, dass die kirchliche Disciplin sich mit dieser Frage nicht beschäftigte, in der Betonung des Consenses als eheschliessenden Momentes zu finden sein. Die Kirche leitete aus dem Consense die moralische Pflicht zur Eheeingehung ab, mochte dieser Consens beim Verlöbnis oder durch die traductio zum Ausdruck gekommen sein. Da sie nun den canonischen Beginn der Ehe von dem thatsächlichem zeitlich trennte und dafür einen neuen Formalakt in der Benediction schuf, hatte sie gar keinen rechtlichen Grund, für letztere die Mündigkeit zu verlangen. Denn der Verlöbnisconsens, der sich auf die zukünftige Ehe bezog, konnte a septennio giltig ausgesprochen werden und von diesem Zeitpunkte ab nehmen die kirchlichen Quellen die Möglichkeit einer concupiscentia

war im Oriente sehr gebräuchlich [1]). Sie stand wohl im Zusammenhange damit, dass das Mädchen, wie schon nach altem griechischen Brauche [2]), von Vater, Grossvater oder Bruder einfach verheiratet wurde. Die Einführung civilrechtlicher Eheverträge [3]), welche vom Ehevollzug zeitlich getrennt waren, mag dann der Nichtbeachtung des gesetzlichen Pubertätstermins Vorschub geleistet haben, umsomehr als dieselbe nur von civilrechtlichen, ipso iure sich später behebenden Folgen, nicht aber von einer Strafsanction begleitet war.

Folgte nun einer giltigen Verlobung noch vor Eintritt des Pubertätstermins die kirchliche Benediction der Ehe, also die

---

carnis an (oben S. 177 Anm.). Es lag somit kein Hindernis vor, auch unmündigen Verlobten die eheliche Weihe zu ertheilen. Folgte dann auch die traductio vor der aetas legitima, so begann die civilrechtliche Wirksamkeit der Ehe erst mit diesem Termin. Da es hiezu keiner Consenserneuerung bedurfte, so war die Kirche geradezu gezwungen, die Benediction vor der Heimführung trotz der Unmündigkeit vorzunehmen. Diese Praxis scheint sehr überhand genommen zu haben. Die Epanagoge Kaisers Basilius Macedo (XIV, 11) trat zuerst dagegen auf und verlangte die canonische Bestrafung jenes Priesters, der bei Eheschliessung Unmündiger intervenire. (Aehnlich Peira XLIX, 35 in Zach. J. G. R. I, 237). Aber erst vom elften Jahrhundert an, wie sich auch aus Zhishman's Citaten ergibt, begegnen wir kirchlichen Normen und Entscheidungen, welche mit Bezugnahme auf das Civilrecht die Ehe für ungiltig erklären: Patr. Alexius decr. (Σ. V, 35, Leunclav. 259 sq., M. P. G. 119, 843), vgl. dazu Peira, XLIX, 12, 34 (Zach. J. G. R. I, 227, 236), resp. patr. Germani (Σ. V, 109 sq., M. P. G. 119, 802), Balsamon ad c. 38 Basil. und Comm. ad NC. Phot. XIII, 2, M. P. G. 138, 706, Σ. I, 292, IV, 183). Patr. Nicolaus Gramm. (M. P. G. 119, 763); andere spätere Quellen bei Zhishman S. 204 A. 1. Ausser der Trennung der Verbindung, welche auch die Epanagoge verfügt, wird der benedicirende Geistliche mit Deposition wie bei Benediction sonstiger illegaler Ehen bestraft (c. 153 Nicephor., resp. 11 Thimothei, (P. 1, 632; 2, 341), vgl. noch Zhishman S. 197, 200, 203.

[1]) Man vgl. für die ältere Zeit insbes. die ὑπόμνησις bei Zach. J. G. R. III, 376, Σ. V. 484, ferner Joh. Chrysostomus hom. 43 ad c. 19 gen. v. 14 (M, P. G. 53, 403).

[2]) Rossbach l. c. S. 217, 223, Zhishman, S. 605.

[3]) Nov. Just. 74, 117 c. 4, Ecloga II, 1, 3, 8, Epanagoge, XVI, 1, Nov. Irene Coll. I Nov. 27, Peira XLIX, 26 vgl. auch Zachariae, gr. r. Rg. S. 71.

kirchliche Eheschliessung, so lag nach römisch-byzantinischem Civilrecht eine illegitime Ehe vor. Das Verhältnis galt, selbst wenn es consumirt war, nur als Fortsetzung des vorausgegangenen Verlöbnisses und ging dann mit Eintritt der aetas legitima von selbst in giltige Ehe über. Trennung der rechtsunbeständigen Verbindung war nicht gefordert und dürfte in der Praxis auch nie erfolgt sein, wohl aber war die Verbindung vor der aetas legitima lösbar als Verlöbnis [1]). Die Kirche aber sah in Folge der Einsegnung in dem Verhältnisse, namentlich wenn es consumirt war oder sonst thatsächliche Lebensgemeinschaft schon vorlag, eine wirkliche und giltige Ehe und gestattete daher, wenigstens principiell, keine Trennung mehr.

Es bestand somit in dieser singulären Richtung noch ein einschneidender Gegensatz zwischen kirchlicher und civilrechtlicher Auffassung, der natürlich seine praktischen Folgen hatte. Diese mussten umso fühlbarer werden, je weitere Kreise der kirchliche Einfluss zu ziehen begann. Zwar war die kirchliche Benediction civilrechtlich noch immer nur als ausnahmsweiser (für das niedere Volk bestimmter) Ersatz des vorgeschriebenen schriftlichen Ehevertrages und nicht als wesentliche oder letzterem gleichgestellte Eheschliessungsform anerkannt, aber schon in der Gesetzgebung Kaisers Basilius Macedo lässt sich manches Anzeichen allmähligen Eindringens der canonischen Lehre constatiren. Namentlich ist es die Epanagoge (884) dieses Herrschers, welche in vielfacher Beziehung civilrechtliche Abänderungen zu Gunsten des kirchlichen Standpunktes enthält [2]).

---

[1]) Und zwar nur durch repudium (διαζύγιον), wie sich aus l. 8 B. 24, 1 ergibt. Stefan macht in einem Scholion darauf eigens aufmerksam: Σημείωσαι ὅτι ἐπὶ τῶν ἀνήβων τῶν ἐπὶ γάμῳ συνελθόντων, κἂν οὐ κυρίως συνίσταται γάμος, καὶ οὕτω ῥεπουδίου δέονται· σημείωσαι τοῦτο θαυμαστὸν ὄν. Κυρίλλου· ἐλπίζεται γὰρ ἡ ἥβη συνιστᾶν τὸν γάμον.

[2]) Nicht ohne Wahrscheinlichkeit wird dieser Gesetzentwurf dem Patriarchen Photius, dem geistigen Urheber des griechisch-lateinischen Schisma's zugeschrieben, dessen Canonessammlungen (883) grosse Verbreitung fanden. Vgl. Zachariae l. c. S. 22 A. 21 u. ders. im Coll. libr. J. G. R. ined. p. 55 squ.

Unsere Frage berühren hievon namentlich zwei vom bisherigen Civilrechte abweichende Normen, die in causalem Connex zu einander stehen. Die eine ist Epan. XVI, 1, worin die Benediction dem schriftlichen Ehevertrage als civilrechtliche Eheschliessungsform vollkommen gleichgestellt und jede andere ausserschriftliche Eingehungsart ausgeschlossen wird. [1]). Unmittelbare Consequenz dieser Reform war Ep. c. XIV, 11: die Ausdehnung der Illegimität der Ehe unmündiger Personen auf die durch Benediction geschlossene Verbindung. Diese Norm verschärfte die bisherige civilrechtliche Praxis, indem sie nicht nur die Trennung der ungiltigen Ehe, sondern auch jene der vorhergegangenen Sponsalien mit Reugeldverlust zu Gunsten des Fiskus anordnete und die canonische Bestrafung des benedicirenden Priesters verlangte [2]). Da nun aber die Epanagoge in XVI,

---

[1]) Oben S. 193 A. 1. Hervorzuheben ist, dass hier von zwei kirchlichen Formalakten alternativ die Rede ist: στεφάνωμα und εὐλογία (vgl. S. 186 A. 1). Ich glaube nicht irre zu gehen, wenn ich diese verschiedene Bezeichnung, welche sich noch öfters nebeneinandergestellt findet [Epanag. XIV, 11, Proch. auct. III, 14, Patr. Michael Caerul. (ao. 1028), Matthaeus Blast. 3, 2 (Σ. VI, 153, M. P. G. 119, 851, 1251)], zurückführe auf den Unterschied der bei der Heimführung (nuptiae) vorgenommenen, mit der Ceremonie der feierlichen Bekränzung (στεφάνωμα) verbundenen Einsegnung und der vor den nuptiae im Verein mit anderen symbolischen Ceremonien vorgenommenen Weihe der Ehe (τὴν λεγομένην εὐλόγησιν, vgl. nächste Anmerkung). Die erstere scheint in der Folgezeit öfters unterlassen worden zu sein, wie die Nov. Leonis 89 und die nach Alexius' Reform mehrmals vorkommende Sentenz beweist, dass Verlöbnisbenediction nicht genüge. An Stelle der εὐλόγησις trat dann mit Alexius die Benediction der μνηστεία mit ehewirkender Bedeutung. Nur auf diese Weise lassen sich die vielfach variirenden Quellensätze vereinigen und consequent interpretiren. Jede andere Annahme führt zu Widersprüchen, wovon die nächste Anmerkung ein eclatantes Beispiel gibt.

[2]) Epanagoge XIV, 11 (Zachariae, Collect. j. gr. r. libr. ined. p. 101): Ὁ τὸ γινόμενον νοῶν καλῶς μνηστεύεται τουτέστιν ὁ μὴ ὢν ἥττων ζ'ἐτῶν. Εἰ μέντοι τῆς μνηστείας γενομένης ἔσωθεν τοῦ ιγ' χρόνου τολμήσειέ τις τοῖς μνηστευομένοις ἢ τὴν λεγομένην εὐλόγησιν ἢ τὸ στεφάνωμα περιθεῖναι, ὡς τῶν θείων νόμων παραβαθέντων αὐτίκα ἡ μὲν προελθοῦσα μνηστεία ἅμα τῆς δοκούσης συναφείας διαλύεται, καὶ τὰ παρ'ἑκα-

13 gleichzeitig auch die Norm über die Convalidation der Ehe Unmündiger bei Eintritt der Pubertät beibehält [1]), ergibt sich, dass

τέρου τοῦ μέρους ἐν τῇ μνηστείᾳ συμβληθέντα πρόστιμα τοῦ τολμήματος ζημίαν ὑπέχοντες τῷ δημοσίῳ εἰσκομίζουσι, μηδὲ τοῦ τολμῶντος ἱερέως ἐπὶ τῇ τοιαύτῃ παρεῖναι πράξει ἀνευθύνου παρεστηκότος, ἀλλὰ τῇ αὐστηρίᾳ τῶν ἱερατικῶν ὑποκειμένο κανόνων. Im Proch. I, 8 findet sich nur der erste Satz. Es ist ausser Zweifel, dass es sich hier nur um Einsegnung der Ehe nach geschlossenem Verlöbnisse (τῆς μνηστείας γενομένης) handelt, nicht aber um Verlöbnisbenediction. Dies nimmt auch Zhishman S. 203 ganz richtig an, lässt sich aber dadurch nicht hindern, S. 144 die wörtlich gleiche Bestimmung der Epanagoge aucta XII, 14 (Zachariae Proch. p. CXII) zu Gunsten seiner Darstellung als Strafnorm für die vorzeitige Einsegnung der Verlöbnisse zu interpretiren, offenbar nur um für seine Auslegung der Nov. Leonis 74 ein Argument zu erhalten. Dieselbe Norm findet sich übrigens auch in der Ecloga ad Proch. mut. I, 10 und in Proch. auct. I, 8 (Zach. Proch. p. CXLIX, CLXXII), wo der Reform Kaisers Alexius mit keiner Silbe, wohl aber der cit. Novelle Leos gedacht ist.

[1]) Die Behauptung Zhishman's S. 182, dass l. 4 D. 23, 2 und die darauf beruhende Norm der späteren Codificationen (Ep. XVI, 13, Proch. IV, 5, l. 3 Bas. 28, 4, Proch. auct. IV, 10, Matth. Blast. Σ. VI, 184, Epan. aucta XIV, 18, in der Ekloga nicht aufgenommen), vom Staate gar nicht zur Anwendung gebracht worden sei, weil sie mit der kirchlichen Lehre nicht im Einklang gestanden habe, ist ganz willkürlich und wird abgesehen von ihrer Absonderlichkeit durch die wiederholte Aufnahme der Norm wiederlegt, besonders aber durch Alexii patr. decr. 3. (M. P. G. 119, 847, Σ. V, 35), worin gerade kirchlicherseits auf dieselbe sich berufen wird: Εἰ δέ τις ἐπακολουθήσει περιπέτεια, νόμος ὧδέ φησιν· Ὁ κόρην ἥττονα τῶν δώδεκα ἐνιαυτῶν ἐπαγόμενος πρὸς γάμον, εἰ μὲν προηγήσατο μνηστεία, μένει φυλαττομένη· κἂν τὰ μάλιστα ἐν τάξει γαμετῆς εἰς τὸν οἶκον αὐτοῦ ἀνήνεγκεν. Die Norm findet sich noch in l. 7 B. 28, 1, l. 8 B. 24, 1; l. 64, 70, B. 29, 1 u. Schol. Enantioph. l. c., l. 30, 61, B. 30, 1, l. 36 B. 38, 4, l. 9 B. 38, 6, l. 15 § 8 B. 60, 37, vgl. oben S. 52 A. 3. Ausdrücklich vertritt noch Peira XLIX, 2, 12, 34 (Zach. J. G. R. I, 222, 227, 237) den alten civilrechtlichen Standpunkt und versucht ihn mit der Nov. 74 Leonis in Einklang zu bringen. Man vgl. über die Peira die Bemerkungen von Zachariae, gr. r. Rgsch. S. 29 fg. und die Vorrede zu seiner Ausgabe, Lips. 1856, Zhishman, S. 65. Diese Quelle ist umso beachtenswerther, als sie die Praxis der von Constantinus Monomachus 1042 (Nov. Zach. Coll. III, 32, 33) gegründeten byzantinischen Rechtsschule wiedergibt. (Johannes Xiphil. 1064 erster Nomophylax). Vgl. w. u. § 62 fg. Spätere Quellen betonen nur die Möglichkeit der

dieselbe an den Bestimmungen des Civilrechts nichts ändern, sondern nur der frühzeitigen Benediction entgegentreten wollte, weil dieselbe nunmehr zu einem die Ehe rechtlich constituirenden Formalakte erhoben war. Zugleich gieng die ratio legis dieser Norm dahin, den Gegensatz zwischen canonischer und civilrechtlicher Lehre, der in der kirchlichen Untrennbarkeit und der civilrechtlichen Lösbarkeit der Verbindung Unmündiger bestand und sich nun durch die Anerkennung der Benediction als civilrechtlicher Eheschliessungsform nur verschärft hatte, dadurch zu beheben, dass das Civilrecht auch die eingesegnete Verbindung Unmündiger nicht nur als ungiltige Ehe (δοκούση συνάφεια) erklärte, sondern auch deren Trennung vorschrieb. Bisher hatte man die Ehe civilrechtlich nicht zu trennen gebraucht, was eben der kirchlichen Auffassung praktisch sehr zu Statten kam.

Die Epanagoge ist nicht Gesetz geworden, hat aber als Entwurf mit den Bemerkungen eines Revisors (Scholiasten) grosse Verbreitung gefunden und die Praxis sehr beeinflusst, wie die späteren Ueberarbeitungen bezeugen [1]). Die zwei hervorgehobenen Abänderungen, welche sie getroffen, hat jedoch Kaisers Basilius Nachfolger, Leo der Weise, aufgegriffen und in zwei bezw. drei besonderen Novellen in das Civilrecht eingeführt. An diese Reform knüpft sich die

---

Lösung und anderweitigen Verheirathung und die Strafbarkeit des commercium conjug. mit einer Unmündigen. Cf. Proch. auct. IV, 4, Epitome XXIII, c. 13. (Zach. J. G. R. II, 427, VI, 28) u. a. m.

[1]) So mit Recht Zachariae, gr. r. Rgsch. S. 22 u. bes. 84 fg. Treffend ist seine Bemerkung l. c., dass Kaiser Leo aus den Monitis jenes Revisors wiederholt Veranlassung zu Novellen genommen hat, wie auch die folgende Untersuchung unserer Frage beweisen wird. Bei einer wirklichen Publication der Epanagoge wäre eine Ignorirung derselben in den leonin. Novellen ganz unerklärlich. Umso unbegreiflicher erscheint es, wenn Zhishman, der S. 55 die Epanagoge als publicirte Revision und Verarbeitung des Prochiron, von dem sie übrigens wesentlich abweicht, ohne Begründung hinstellt, diese Quelle dennoch in seinen Untersuchungen nur sehr spärlich heranzieht. Schon allein die praktische Bedeutung dieses Entwurfes lässt eine so stiefmütterliche Behandlung dieses interessanten, auf kirchlichem Einflusse beruhenden Reformversuches des Civilrechts äusserst — unwissenschaftlich erscheinen.

ganze weitere Entwicklung des byzantinischen Verlöbnisrechts. Es wird sich jedoch zeigen, dass nicht die Gesetzgebung Leo's selbst, sondern erst die auf Grund derselben entstandene Praxis und eine durch die Unklarheit der leoninischen Novellen ebenso wie durch die wachsende Ingerenz der Kirche geförderte, abweichende Gesetzesinterpretation jene neue Gestaltung des byzantinischen Verlöbnisrechts hervorgerufen hat, welche in der kirchlichen wie civilrechtlichen Vorschrift der Verlöbniseinsegnung und ihren weitgehenden Wirkungen ihren Mittelpunkt hat.

50. Die in dieser Richtung vor Allem entscheidend gewordene 74. Novelle Kaiser Leo des Weisen verfügt allgemein, dass die kirchliche εὐλογία nicht mehr vor dem für die Ehe geeigneten Alter (νόμιμος τοῦ γάμου καιρός) erfolgen dürfe, nach demselben aber wirkliche Ehe schliesse (τέλειος γάμος), bezw. dass die Trennung einer solchen Verbindung wie in der Kirche, so auch nun civilrechtlich als Trennung einer wirklichen Ehe zu beurtheilen sei [1]). Zhishman S. 143 interpretirt diese Entscheidung weder dem Wortlaute noch dem Sinne entsprechend. So behauptet derselbe, die citirte Novelle setze die Verlöbnisbenediction „als eine allgemeine Uebung" voraus. Diese Ansicht ist m. E.

---

[1]) Zachariae, J. G. R. III, 172 (M. P. G. 107, 582): Διατάξις οδ'. Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Στυλιανῷ τῷ αὐτῷ. Ἐπειδὴ ἐν τοῖς περὶ γάμων τῇ τε ἱερᾷ καὶ μεγάλῃ ἕκτῃ συνόδῳ ἐντελλομένοις ἐν τῷ ζθ' κανόνι καὶ τοῖς τῷ πολιτικῷ νόμῳ δοκοῦσιν ὑπεναντιότης δοκεῖ ἀναφαίνεσθαι (ἡ μὲν γὰρ ἀπαγορεύει παντελῶς τὴν μεμνηστευμένην ἔτι τοῦ μνηστῆρος ἐν ἀνθρώποις ὄντος πρὸς γαμικὴν ὁμιλίαν ἑτέρῳ συνάπτεσθαι μοιχείας τὸ πρᾶγμα ὁρίζουσα, ὁ δὲ πολιτικὸς νόμος οὐκ ἀξιοῖ τὴν τοιαύτην διάλυσιν οὔτε τοῦ μεγάλου ἐγκλήματος, ἄλλ' ἐπὶ μόνῃ τῇ τῶν ἀρραβώνων καὶ τῶν προστιμήσεων ποινῇ τὴν ἐνοχὴν περιγράφει, εἰ πρωϊαίτερον τοῦ γαμηλίου καιροῦ ἡ ἐπ' αὐτῆς νενομισμένη τελεσθήσεται εὐλογία), ἐπεὶ οὖν τὸ κάιριον τῆς ἐναντιότητος ἀκριβὴς λόγος ἐντεῦθεν ὁρᾷ· τὸ γὰρ μετὰ τὴν εὐλογίαν διίστασθαι, τοῦτο ἂν εἴη μνηστείας ἀληθὴς λύσις· θεσπίζομεν μὴ τελεῖσθαι τὰς εὐλογίας, πρὶν ἂν ὁ νόμιμος τοῦ γάμου συμφθάσῃ καιρός, ὃς ἐπὶ μὲν ἀνδρῶν πεντεκαιδέκατον περιμένει ἔτος, ἐπὶ δὲ γυναικῶν τῷ τρισκαιδεκάτῳ συμπεριγράφεται. Οὕτω γὰρ καὶ τὰ τῆς εὐλογίας κατὰ λόγον ἕξει, καὶ ἡ τῶν συνελθόντων διάλυσις τελείου γάμου τυγχάνουσα οὐκ ἐναντιουμένης τῇ ἐκκλησίᾳ καὶ παρὰ τοῦ πολιτικοῦ νόμου τεύξεται κρίσεως.

irrig und nur durch eine ungenaue Uebersetzung und Auslegung des Gesetztextes erklärbar. Weder Wortlaut noch Sinn noch Zweck des Gesetzes rechtfertigt diese Interpretation. Einmal spricht dasselbe ausdrücklich von einer gesetzlich vorgeschriebenen, nicht bloss üblichen Benediction. Abgesehen nun davon, dass sich die Worte ἡ ἐπ' αὐτῆς νενομισμένη εὐλογία nur auf γαμικὴ ὁμιλία beziehen können, war zu jener Zeit überhaupt nur die eheliche Benediction vorgeschrieben und zwar nach kirchlichem Recht als allgemeine und wesentliche Eheschliessungsform, nach Civilrecht als Ersatz des schriftlichen Ehevertrages bei armen Leuten. Wenn daher auch zweifellos der cit. Passus eine kirchliche Norm im Auge hat, so kann dieselbe nie auf eine Benediction als Verlöbnisform sich bezogen haben; denn eine kanonische Vorschrift dieser ist nirgends auffindbar noch irgendwo erwähnt. Selbst Zh. vermuthet eine solche nicht, da er S. 144 theilweise richtig annimmt, es habe erst die nachleoninische Praxis diese Novelle als Vorschrift der Verlöbnisbenediction interpretirt [1]). Ferner geht aus dem ganzen Wortlaute hervor, dass es sich um eine Einsegnung nach Abschluss des Verlöbnisses handle, ja die Heranziehung des 98. trull. Kanons und die Bezeichnung ἡ τῶν συνελθόντων διάλυσις scheint dafür zu sprechen, dass es sich um eine schon voll-

[1]) Warum interpretirt Zhishman S. 203 den in der zeitlich (884) unmittelbar vorausgegangenen Norm der Epanagoge XIV, 11 enthaltenen ähnlichen Passus für eheliche Benediction, hier aber für Verlöbniseinsegnung? Und wäre diese letztere Interpretation der leon. Novelle richtig, so würden sich mit Rücksicht auf die zwei Bezeichnungen der Benediction in Epan. XIV, 11 u. XVI, 1 drei kirchliche Weiheakte ergeben: εὐλογία (nach Zhishman als Verlöbnisbenediction), εὐλογία oder εὐλόγησις (als vor der traductio erfolgte Benediction der Ehe) und στεφάνωμα (als die mit der Heimführung verbundene feierliche Bekränzung und Einsegnung der Neuvermählten). Eine solche ausgedehnte Intervention der Kirche kann für jene Zeit von Zhishman doch kaum mit Ernst behauptet werden. Dass mit der Bezeichnung εὐλογία oder ἡ λεγομένη εὐλόγησις nur die eheliche Benediction gemeint war, geht aus den cit. Stellen der Epanagoge ganz unzweideutig hervor. XIV, 11 setzt übrigens den Abschluss des Verlöbnisses ausdrücklich voraus (oben S. 197 A. 2.).

zogene Lebensgemeinschaft handelt, in deren Beurtheilung Civilrecht und Kirche sich widersprachen. Der Grund, der Zhishman und Zachariae verführt hier Verlöbnisbenediction [1]) anzunehmen, liegt in dem Satze, mit dem das Gesetz selbst seine Entscheidung begründet: ἐπεὶ οὖν . . . τὸ γὰρ μετὰ τὴν εὐλογίαν διίστασθαι τοῦτο ἂν εἴη μνηστείας ἀληθὴς λύσις. Die genannten Gelehrten folgerten offenbar so: Wenn die Trennung nach der Euchologie als Verlöbnislösung hingestellt wird, so kann erstere nur eine Verlöbnisbenediction sein. Dieser Schluss ist unanfechtbar, aber er ist auch so selbstverständlich, dass man sich unwillkürlich frägt, ob denn Leo der Weise dies auszusprechen nöthig gehabt hätte. Es liegt nahe anzunehmen, dass es sich hier vielmehr um einen Fall handelte, in dem dieser Schluss zweifelhaft und, wie das Gesetz sagt, der Kern eines Gegensatzes von kirchlichem und bürgerlichem Recht war. Dieser Fall konnte nur darin bestehen, dass eine eingesegnete Verbindung kirchlich als Ehe galt, civilrechtlich nur als Verlöbnis gelten konnte und demgemäss behandelt wurde. Da nun im Princip die kirchliche Benediction schon als civilrechtlich giltige Eheschliessungsform subsidiär anerkannt war (Ecloga II, 8), gewohnheitsrechtlich wohl derselben gleichgestellt wurde (wie Epanagoge XVI, 1 beweist), so konnte Leo phil. in dieser Novelle nur einen Ausnahmsfall im Auge haben. Wenn man nun genauer zusieht, so ergibt sich, dass dieser Fall in der Novelle ganz genau präcisirt ist und uns zugleich erklärt wird, wie so denn eigentlich der Gesetzgeber dazu kam, für die Vornahme der Einsegnung und deren eheschaffende Wirkung den Pubertätstermin als Bedingung aufzustellen. Es ist Zhishman wie Zachariae entgangen, dass der Eingang der Novelle, welcher gewissermassen deren Motivenbericht bildet, den Gegensatz zwischen der trull.

[1]) Ich muss bemerken, dass ich diesen Ausdruck nur im Sinne der Benediction als wesentlicher Verlöbnisform anwenden kann, nicht aber im Sinne der Benediction im Brautstande (oder der zukünftigen versprochenen Ehe) d. h. nach erfolgtem Abschlusse des Verlöbnisses. Zhishman scheint mehrmals bald im einen, bald im anderen Sinne von Verlöbnisbenediction zu sprechen, bes. S. 140 fg.

Entscheidung und der civilrechtlichen Lehre nur dann vorliegen lässt: εἰ πρωϊαίτερον τοῦ γαμηλίου καιροῦ ἡ ἐπ'αὐτῆς νενομισμένη τελεσθήσεται εὐλογία, wenn die Einsegnung vor der Ehemündigkeit erfolgte. Denn der trull. Kanon verbiete gänzlich (παντελῶς) unter Ehebruchsstrafe die Heimführung einer fremden Verlobten, das Civilrecht gestatte aber im Falle der Unmündigkeit der Contrahenten die Lösung gegen Verfall der arrha und Conventionalpön, weil es sich hier nach weltlichem Rechte nicht um Ehetrennung, sondern auch nach der formellen Einsegnung (Eheschliessung) materiell nur um Lösung eines Verlöbnisses handle (τὸ γὰρ μετὰ . . . λύσις) [1]). Der Kaiser wendet sich also gegen die kirchliche Auffassung, dass der Bruch eines mit Verlöbnis und Einsegnung geschlossenen Verhältnisses Unmündiger als willkürliche Lösung einer Ehe behandelt und unter den trull. Kanon einbezogen werde. Die strenge Bestimmung des letzteren wurde damals offenbar von der Kirche praktisch nur mehr dann angewendet, wenn auf das Verlöbnis die eheliche Weihe erfolgt war, gleichviel aber ob die Ehefähigkeit

---

[1]) Zhishman S. 143 interpretirt „demzufolge erkannte die Novelle 1. dass dort, wo diese Einsegnung des Verlöbnisses erfolgt war, der Bruch desselben gegen die kirchliche Auffassung des Verlöbnisses verstosse und dieses in seiner wahren Bedeutung aufhebe". Es heisst aber ausdrücklich μνηστείας ἀληθῆς λύσις und nicht wie in der Peira XLIX, 2 (unrichtig Zhishman S. 144 A. 5), ferner im Proch. auct. II, 20 (Zach. J. G. R. VI, 18) und nach dem Migne'schen Texte (M. P. G. 104, 1180, nicht aber bei Σ. I, 286 u. Zach. III, 361) auch in der späteren Novelle Kaisers Alexius I Comnenus: μνηστείας ἀληθοῦς λύσις, wobei μνηστεία ἀληθής das kirchliche (eingesegnete) Verlöbnis bedeutet. Leo phil. betont nur, dass auch nach der Einsegnung die Verbindung Unmündiger als Verlöbnis getrennt werden könne. Es entspricht auch nicht dem Wortlaute des Gesetzes nach dem damaligen Standpunkte des weltlichen Rechtes, wenn Zh. l. c. sagt, dass das Civilrecht „einen solchen Bruch des Verlöbnisses keineswegs als Verbrechen ahnde, sondern die Auflösung desselben, wenn auch zuweilen unter Verlust der Arrha und der etwa festgesetzten Conventionalpön gestatte". Das Civilrecht konnte, mit Ausnahme des Falles unmündiger Contrahenten, eine eingesegnete Verbindung nicht mehr frei auflösen lassen, da es dieselbe als Ehe anerkannte (Ecloga II, 8, Zhishman S. 158).

vorhanden war oder nicht. — Dass Leo phil. hier nur von ehelicher Benediction spricht, ergibt sich vor Allem noch aus dem Schlussatze: „dann (d. h. wenn die Weihe erst in mündigem Alter erfolge,) werde auch die Vornahme der Benediction dem Gesetze entsprechen (d. h. civilrechtlich als Eheschliessung gelten, wie in der Kirche) und die Trennung der so Verbundenen, welche die (Lösung) einer wirklichen Ehe sei, werde dann auch nach dem Civilgesetze eine Beurtheilung erfahren, welche der Kirche nicht widerspreche". Wie könnte Leo dies sagen, wenn er nur die Benediction als Verlöbnisform im Auge hätte? Das Civilrecht enthielt keine Norm für diese und die Kirche hätte doch dann noch die eheliche Benediction der Verbindung fordern müssen, um diese als τέλειος γάμος anzuerkennen. Auch hätte der Hinweis auf das unmündige Alter gar keinen Sinn, wenn die Novelle nur von der Einsegnung als Verlöbnisform spräche. Denn der Widerspruch zwischen der canonischen principiellen Unlösbarkeit des Verlöbnisses und der civilrechtlichen Trennbarkeit bestünde dann ja auch für die Sponsalien Mündiger. Auch diese konnten nach weltlichem Rechte durch Arrhaverlust etc. gelöst werden. Als kirchliche Sponsalienform hätte die Weihe civilrechtlich auch noch gar keine Bedeutung gehabt, wohl aber als kirchliche Eheschliessungsform. Es hätte somit bei der Interpretation Zh's. die in Rede stehende Novelle gar keinen Widerspruch zwischen kirchlicher und civilrechtlicher Lehre beseitigt, sondern derselbe wäre geblieben, wenn es sich nicht gerade um eine bereits vollzogene Verbindung handelte, welche eben schon mit dem blossen Eintritt der aetas legitima, aber nicht erst mit der Einsegnung (ausser kirchlicherseits), aus der als Verlöbnis geltenden und daher lösbaren rechtsunbeständigen Ehe in legitime unlösbare Ehe überging. Spricht die Novelle aber nur von der Benediction als kirchlicher Eheschliessungsform, so entfiel thatsächlich die ἐπεναντιότης zwischen canonischer und civilrechtlicher Lehre, denn das Verlöbnis Unmündiger gieng dann mit der nach der Pubertät erfolgten Einsegnung als kirchlicher und bürgerlicher Eheschliessungsform in wirkliche Ehe über oder war als solche mit Eintritt der

aetas legitima rechtsbeständig und unlösbar geworden, wenn die Verbindung schon vollzogen war.

51. Die legislatorische Absicht der 74. Novelle Leo des Weisen ist somit eine wesentlich andere, als Zh. annimmt. Nicht die Bedeutung der Benediction als Verlöbnisform civilrechtlich zu fixiren, war ihre Intention, sondern die formelle Sanktion der in der Epanagoge (XIV, 11) angeregten Prohibitivnorm, welche gegen die Vornahme der allmählig zum Eheschliessungsakte sich ausbildenden Benediction in unmündigem Alter gerichtet war, in dem das Civilrecht selbst bei erfolgter traductio die Verbindung wohl als Verlöbnis, aber nicht als Eheschluss anerkennen konnte. Nur diese Interpretation steht mit der späteren eherechtlichen Reform desselben Kaisers in Einklang, zu der seine Novelle 74, wie auch Novelle 18 gewissermassen nur das Vorspiel bilden.

Leo der Weise, dessen ganze Gesetzgebung das Gepräge kirchlichen Einflusses zeigt, trug sich offenbar frühzeitig mit dem Gedanken, die kirchliche Eheschliessungsform der Benediction für das Gebiet des Civilrechts als ausschliessliche und wesentliche Form zu acceptiren und damit dem de lege noch bestehenden Widerspruche zwischen kirchlicher und weltlicher Lehre, namentlich aber der principiell noch beibehaltenen Formlosigkeit der Eheschliessung [1]) ein Ende zu machen. Obwohl die Kirche nur die eingesegnete Ehe anerkannte und in der Praxis die Benediction ganz allgemein verbreitete Sitte war, so bieten doch die bezüglichen Civilnormen ein Bild steten Schwankens, das den Kampf zwischen Staat und Kirche um die Jurisdiction in Ehesachen deutlich erkennen lässt. Seit den Tagen Justinians, der die in seiner Novelle 74 der Kirche eingeräumte Ingerenz beim Eheschliessungsvorgange in Novelle 117 wieder todtschwieg, hatte die kirchliche Disciplin das einmal gewonnene Terrain

[1]) Man vgl. l. 13 C. V, 4, Nov. 74 c. 4, 117, c. 3, 5, Ecloga II, 1, Epanagoge XVI, 11, Proch. IV, 14, Ecloga priv. (ao. 867) II, 2 (Zach. Coll. 15, 107, Proch. 29, J. G. R. IV, 8) vgl. oben S. 142 A. 3. S. 144 und Schol. 4 Nicaei ad l. 33 Bas. 22, 1 u. Thal. (?) ind. l. 23 (Nomoca n. 13, 21, ed. Pitra, I, 627).

nicht mehr aus den Händen gelassen. Die Bestimmung der Ecloga II, 8 zeigt deutlich den wachsenden Einfluss der Kirche in dieser Richtung, wie auch die Epanagoge XVI, 1 schon den Versuch macht, die kirchliche Benediction dem schriftlichen Ehevertrage gleichzustellen und die Formlosigkeit auszuschliessen [1]). Der staatlichen Gesetzgebung war es jedoch zunächst weniger um die Weihe der Ehe, als um die Oeffentlichkeit der Eheeingehung zu thun. Durch die Codificationsversuche des Kaisers Basilius, welche die Anwendung des justinianischen Rechtes, dessen Kenntnis fast verloren gegangen war, zu fördern und zu erleichtern suchten, war auch das alte Princip der Formlosigkeit der Eheschliessung wieder lebendig geworden [2]). Proch. IV, 6, Epanagoge XVI, 26, l. 3—6 Bas. 28, 4 etc. betonen die Bedeutung der Heimführung für die Entstehung der Ehe unter gleichzeitiger Hervorhebung des Consenses als Eheschliessungsfactors [3]). Die Benediction wird als eine Sitte behandelt, mit der sich das Gesetz nicht weiter beschäftigt, ausser dass es für dieselbe Oeffentlichkeit verlangt (Proch. IV, 27 [4]). Dieser Standpunkt der von Kaiser Basilius ange-

[1]) Epan. XVI, 1 (Zach. Coll. 106, cf Proch. auct. III, 14, in Zach. J. G. R. VI, 27): τὰ δὲ παρὰ ταῦτα γινόμενα ὡς μηδὲ γεγονότα λογιζόμεθα. Σχόλιον· Ἐντεῦθεν καινίζεται τὸ τοὺς κατωτέρω τῶν ἰλλουστρίων καὶ ἀπὸ μόνης γαμικῆς διαθέσεως δύνασθαι γάμον συνιστᾶν κατὰ τὴν ριζ'νεαρᾶν (Nov. 117 c. 3. = Auth. 112 ed. Heimbach. p. 872), vgl. oben S. 193 A. 1. Zachariae bemerkt dazu, dass in Cod. M. S. Vaticanus 847 dieses Scholion als § 2 und Proch. IV, 23 (wohl 27) als § 3, (betr. heiml. Einsegnung) eingefügt erscheint. Wie sehr übrigens die Epanagoge Entwurf geblieben ist, ergibt sich daraus, dass trotz des obigen Satzes in XVI, 11 u. 27 (= Proch. IV, 14) das Princip der Formlosigkeit festgehalten wird. Nach einem unklaren und corrumpirten Scholion (Leonis ?) ad Epan. XVI, 27 (Zach. Coll. 108 d. = Epan. auct. XIV, 55, Zach. J. G. R. IV, 228) scheint wiederum das Stattfinden τῶν ἄρτι γαμικῶν στεφάνων καὶ εὐλογιῶν sogar das Erfordernis der τὰ πάλαι προικῶα bei illustres ersetzt zu haben. Dies gilt wahrscheinlich erst für die Zeit nach der 89. leonin. Novelle. Vgl. auch Zachariae, gr. r. Rg. S. 73 A. 151.

[2]) Vgl. bes. l. 31, 47 B. 28, 4 (= l. 13 C. 5, 4, c. 4 Nov. Just. 117).

[3]) Epan. XVI, 12, Proch. IV, 17 bes. l. 15 B. 44, 19 (= l. 15 D. 35, 1) u. oben S. 55 A. 1, S. 142 A. 3, Proch. auct. IV, 2, 4 (Zach. J. G. R. VI. 28).

[4]) Diese Bestimmung, welche in Σ. V, 154 u. Leuncl. J. G. R. I, 87, Harmenop. IV, 4, 26 als besondere Novelle des Kaisers Basilius Macedo

bahnten Codification des byz. justin. Rechtes, welcher durch die Basiliken Leo's keine Abänderung erfahren hatte, konnte einerseits der Kirche nicht genügen, weil sie damit ihre schon gewonnene Ingerenz und damit auch die Jurisdiction in Ehesachen gefährdet sah, andererseits kam es in der Praxis immer häufiger vor, dass man die Einsegnung schon in unmündigem Alter vornehmen liess oder ohne dieselbe die Ehe eingieng. — Gegen erstere Unsitte richtet sich nun die 74. Novelle Leo's, sie ist somit nur eine Wiederholung bezw. Ausführung der in der Epanagoge XIV, 11 entworfenen Norm. Gegen die zweite Unsitte richtet sich ausdrücklich die 89. Novelle desselben Kaisers, welche die kirchliche Benediction als wesentliches Erfordernis civilrechtlicher Giltigkeit der Ehe aufstellt. Auch hier spricht Leo von νενομισμένη εὐλογία wie in Novelle 74 [1]) und beklagt sich, dass der Weiheakt oft unterlassen werde. Ist nun anzunehmen, dass in einer Zeit, in der man die kirchlich streng geforderte eheliche Einsegnung oft unterliess, eine specielle Weihe des Verlöbnisses allgemeine Sitte war? Und wenn sich Novelle 74 auf diese Sitte bezog und die Verlöbnisbenediction unter Voraussetzung der Mündigkeit mit der Wirkung vollgiltiger Ehe betheilte, wie kam es, dass Novelle 89 diese Rechtswirkungen wieder erst an die eheliche Benediction knüpft (τὰ συνοικέσια τῇ μαρτυρίᾳ τῆς ἱερᾶς εὐλογίας ἐρρῶσθαι κελεύομεν). Nimmt man also nicht einen einzigen Einsegnungsakt an, so hätte man nach Zh. zwei Weiheakte mit verschiedenem Zwecke

(867) aufgeführt erscheint, in Zachariae J. G. R. jedoch fehlt, kehrt später oft wieder: Epan. auct. XIV, 29, Ecloga ad Proch. mut, IV, 10, Proch. auct. IV, 43, (Zach. J. G. R. IV, 74, 224, V, 33), Nov. Andronici sen. (const. patr. Athanasii, Zach. J. G. R. Coll. V, 26, c. 11 t. III, 632). Cf. c. 1 Conc. Laodicea (P. I, 495) und Joh. Chrysostomus hom. 1 in Matth. c. 4 (M. P. G. 56). Vielleicht hängt damit auch das spätere Verbot der Einsegnung durch Mönche zusammen, die früher gebräuchlich und gestattet war, man vgl. c. 65 Nicephor. (P. II, 333, dagegen Resp. 4 Petri Cartoph. (M. P. G. 119, 1094, Σ. V, 369), Zhishman, S. 148, 670, 675.

[1]) Vgl. auch Nov. 112 dess. Kaisers (M. P. G. 107, 602, Zach. J. G. R. II, 185).

und Inhalte, aber mit gleicher Wirkung. Dieser einzige Einsegnungsakt konnte aber nur die kirchliche Eheschliessungsform sein; gegen Zh's. Ansicht spricht also die Sache selbst und der Mangel jeglichen Quellenzeugnisses. Immerhin ist aber möglich, dass man in der Praxis zur Anschauung kam, Leo phil. habe thatsächlich zwei Ehebenedictionen eingeführt d. h.: jene vor der Heimführung als materiell eheschliessenden Akt erlaubt und an die Pubertät geknüpft (Novelle 74), und eine Wiederholung bei der Heimführung als eigentlichen formell eheschliessenden kirchlichen Formalakt vorgeschrieben. Sollte aber noch ein Zweifel bestehen, dass Leo der Weise in der 74. Novelle nicht eine Verlöbnisbenediction, sondern die auf das Verlöbnis folgende eheschliessende Benediction im Sinne hatte und hiefür die Mündigkeit vorschrieb, so erscheint derselbe durch die 109. Nov. dieses Kaisers endgiltig ausgeschlossen.

Zhishman S. 144 will — und muss, um sich nicht zu widersprechen — diese Novelle als eine „nachdrückliche Bestätigung der 74. Novelle" hinstellen und bezieht sich in Anm. 1 l. c. sogar auf Epanagoge XIV, 11, welche Norm er S. 203 wiederum für eheschliessende Benediction interpretirt. Der Wortlaut der 109. Novelle [1]) genügt, um die Gezwungenheit, besser gesagt

---

[1]) M. P. G. 107, 639, Zach. J. G. R. III. 211: Διάταξις ρθ'. Περὶ τοῦ μὴ γίνεσθαι μνηστείαν ἔνδοθεν τῶν ἑπτὰ ἐτῶν, εἴτε ἱερολογίαν ἔνδοθεν τοῦ τεσσαρεσκαιδεκαετοῦς χρόνου [καὶ τριςκαιδεκάτου ἐπὶ γυναικῶν . . . καλῶς ἔχει μάλιστα μὲν ἐν πάσῃ πράξει τηρεῖν τὸν καιρόν, εἰ δ' οὖν ἀλλ' ἔν γε τῇ κατὰ γάμον συναρμοστίᾳ τοῦτον μὴ παρορᾶν . . . Τούτου δὴ ἕνεκεν κατὰ τοὺς πάλαι καλῶς συνειδότας περὶ τούτου κθ' νόμον θεμένους ἡμεῖς θεσπίζομεν, μηδαμῶς συνίστασθαι μνηστείαν ἐπὶ χρόνοις ἐλάττοσι τῶν ἑπτά, μήτε μὴν ἱεροτελεστείαις βεβαιοῦσθαι τὴν μνηστείαν. τοῦ τρισκαιδεκάτου ἔτους ἐνδεούσης τῆς νύμφης, τοῦ δὲ νομφίου τὸν τεσσαρεσκαιδέκατον μὴ διαμετροῦντος. Εἰ δὲ βασιλεὺς (οἷα πολλὰ συμβαίνει) πράττων οἰκονομίαν τινὰ καὶ μνηστείαν καὶ τὴν ἐξ ἱερολογίας συνάρμοσιν τοῖς μνηστευομένοις ἔνδον τῶν διορισθέντων ἐτῶν ἐπιζημιεῖται, τοῦτο πρὸς τὸν νόμον οὐδὲν ἀντικείσεται. Vgl. in Sinopsis min. Schol. ad T. c. 6: Νεαρὰ τοῦ κυροῦ Λέοντος περὶ τοῦ μὴ γίνεσθαι μνηστείαν ἐντὸς τοῦ ζ' ἔτους, μήτε ἱερολογίαν ἔνδον τοῦ ιδ' ἔτους ἐπὶ ἀνδρῶν καὶ τοῦ ιγ' ἐπὶ γυναικῶν. Die Pubertät wurde für die ἐντελὴς μνηστεία, wie die nächsten Scholien l. c. bezeugen, erst durch die Novellen des Kaisers Alexius I. Comnenus gefordert.

Willkürlichkeit der Interpretation Zhs. darzuthun. Die Novelle enthält keine irgendwie geartete Bezugnahme auf die 74. Novelle, sie unterscheidet weder zwischen einfachem und benedicirtem Verlöbnisse, noch zwischen benedicirtem Verlöbnisse und Eheschliessung, sondern einfach zwischen Verlobung und eheschliessender Benediction. Für die μνηστεία wird das Alter von sieben Jahren, für die ἐξ ἱερολογίας συνάρμοσις jenes von 14 bezw. 13 Jahren festgesetzt. Auch wenn wir davon absehen, dass von der κατὰ γάμον συναρμοστία, von πράττων οἰκονομίαν τινά die Rede ist, kann man unmöglich mit Zh. den Satz μήτε μὴν ἱεροτελεστείαις βεβαιοῦσθαι τὴν μνηστείαν etc. dahin übersetzen, dass die Verlobung durch die Weihe erst ihre Kraft erhalte, sondern es ist damit gesagt, dass das Verlöbnis durch die Benediction in geschlossene Ehe übergehe, denn die Benediction war ja seit der 89. Novelle civilrechtliche Eheschliessungsform. Wie könnte sonst Leo sich auf die Altersgrenze des ius vetus berufen, das doch nur Verlobung und Ehevollzug kannte? Warum beruft sich Leo nicht einfach auf seine 74. Novelle, wenn diese (nach Zh.) für die verlobende Benediction die Pubertät als Altersgrenze aufstellte, schliesslich wie kommt es, dass die Novelle 74 wie Ecloga II, 1 von dem fünfzehnten Lebensjahre spricht, während doch die gleichzeitig publicirten Basiliken und Nov. 109 das vierzehnte Lebensjahr als Altersgrenze aufstellen? Dann würde Zh's. Interpretation dahin führen, dass für die verlobende Benediction ein späterer Termin fixirt gewesen sei als für die eheschliessende [1]). Es lassen daher alle bisher ange-

[1]) Die Epanagoge XIV, 11, XVI, 2 spricht von dem erreichten 14. und 12. Lebensjahre, lässt aber die Einsegnung von dem 13. Jahre an zu. Es beweist dies nur die Unsicherheit der Pubertätsgrenze sowie die Thatsache, dass es sich hier nur um die Benediction als eheschliessenden Akt handelt, was ja Zhishman S. 203 nothgedrungen zugibt. Für die Verlobung ist überall das Septennium als massgebend erklärt. Vgl. Zhishman S. 196 A. 1. Wieso Zhishman l. c. dazu kommt anzunehmen, dass die Kirche auch für die Verlobung das Pubertätsalter gefordert und frühere (kirchliche) Sponsalien missbilligt habe, ist mir bei Mangel jeglichen Quellenbeweises unbegreiflich. Dass die Kirche um diese Zeit schon stets zwischen kirchlichem und bürgerlichem Verlöbnisse unter-

führten Normen nur dahin sich interpretiren, dass das Civilrecht bestrebt war, auch für die, nun staatlich anerkannte, kirchliche Eheschliessungsform der Benediction und für die Legitimität der so geschlossenen Ehe das Erfordernis der Pubertät gesetzlich neuerdings zu betonen. Während die Bedeutung der traductio immerhin für die durch das consortium vitae bedingten Rechtsverhältnisse gewahrt blieb, wurde die Intervention der Kirche ebenso als unerlässliche Form der Eheschliessung wie als wichtiges Beweismoment für deren Oeffentlichkeit erklärt und damit bereits zu dem später allgemein vorfindlichen Satze die erste Grundlage gelegt, dass die Weihe (nicht der Consens) der eigentliche eheschliessende Factor sei [1]).

52. Der Kernpunkt der leoninischen Reformen ist somit in der Aufstellung der kirchlichen Weihe als civilrechtlicher Eheschliessungsform, besser gesagt: als integrirenden Bestandtheils des civilrechtlichen Eheschliessungsvorganges, sowie in der Betonung des Pubertätstermins für dieselbe zu suchen. Dass die Benediction als Verlöbnisform zu jener Zeit gebräuchlich oder gar vorgeschrieben war, lässt sich weder aus den zeitgenössischen kirchlichen Quellen, noch aus irgend einem Zeugnisse weltlichen Ursprungs ersehen. Dass gar die 74. leoninische Novelle für die Einsegnung des Verlöbnisses die Pubertät aufgestellt hätte, wie Zh. annimmt, ist somit an und für sich

schieden habe, ist ebenso eine willkürliche, durch nichts gerechtfertigte Annahme, vgl. bes. decr. syn. Alexii patr. (1025, Σ. V, 35, M. P. G. 119, 847).

[1]) Noch Nov. 98 und 112 Leo des Weisen sehen die wesentliche Bedeutung der kirchlichen Weihe in dem Momente der Heiligung. Es ist hiebei unzweifelhaft von eheschliessender Benediction die Rede (τὴν τοῦ γάμου ἡμέραν . . . εἰ καὶ προῆλθεν ἡ νενομισμένη αὐτοῖς ἱερολογία . . . . πρὸς ἀθέτησιν τῆς συναπτηρίου εὐλογίας), obwohl nur von μνηστεία und ἱερολογία gesprochen wird. In der verfügten Trennung der Ehe von furiosi sehe der Kaiser keine Verletzung der benedictio, denn diese sei nicht Eheschliessungsakt, sondern Form: Ἀλλ᾽οὗτος ὁ λόγος δοκῶν ὑπὲρ τῆς ἑνώσεως ἱστασθαι, ἀγνοεῖν ἔοικε τῆς ἱερολογίας τὸ βούλημα. ἡ μὲν γὰρ, τὰ κάλλιστα τῇ μνηστείᾳ χαρίζεσθαι διανοουμένη, σωφρωσύνην, ἀῤῥήκτῳ τινὶ δεσμῷ φίλτρου συνδέουσα ἀμφοτέρους γένους διαδοχὴν καὶ εἴ τι ἕτερον ἡδύνει τὸν γάμον τελεῖται.

haltlos. Bedürfte es aber nach allem Gesagten noch eines Beweises für die Verfehltheit der Interpretation dieses Gelehrten, so könnte kein schlagenderer gefunden werden, als ihn die Thatsache bietet, dass in der ganzen Folgezeit, von Leo's Reformen angefangen bis in die erste Hälfte des elften Jahrhunderts, nicht ein Quellenzeugnis sich auffinden lässt, welches von Benediction als Verlöbnisform und der 74. Novelle Leo's des Weisen als einer die Pubertät für sie fordernden Norm nur annäherungsweise spricht. Immer ist nur von einer kirchlichen Weihe, der eheschliessenden Benediction die Rede und die Quellencitate, die Zh. S. 144 fg. zu Gunsten seiner Lehre anführt, vermögen nicht nur nicht dieselbe zu bestätigen, sondern sprechen nach Wortlaut und Sinn gegen dieselbe.

Dies bedarf keiner besonderen Begründung. Die von Zh. S. 144 zunächst angeführten Stellen aus den Novellen Kaisers Alexius I. Comnenus v. J. 1084 und 1092 sind, abgesehen davon, dass sie nicht direct Zh's Ansicht bestätigen, das Ergebnis einer späteren Entwicklung, wie die Quelle selbst besagt [1]). Dass Epanagoge aucta XII, 14 (= Epanagoge XIV, 11, ao. circa 912) nicht auf verlobende Benediction bezogen werden kann, wurde bereits oben S. 197 Anm. 2 erwähnt [2]). Des weiteren beruft sich Zh. auf ein Synodaldecret des Patr. Alexius (1025—1043), dessen schon oben S. 198 A. 1 gegenüber einer Behauptung dieses Gelehrten Erwähnung gethan wurde. Nirgends ist dort von Einsegnung eines Verlöbnisses die Rede, noch weniger aber davon, dass ein Verlöbnis erst dann ein wahres sein und kanonische Wirkungen nach sich ziehen solle, wenn es die Euchologie erhalten habe; die Worte: εἰ νομίμου ἰσχὺν ἔσχεν ἡ μνηστεία dürfen nur übersetzt werden mit: ob die Verlobung Gesetzeskraft hatte. Νόμιμον, νόμοι sind aber immer nur die Civilgesetze, niemals

---

[1]) Hievon oben S. 135 Anm. u. 189 Anm. 1, unten S. 233 Anm.

[2]) Ausdrücklich wird in dieser Quelle gesagt, dass das Verlöbnis mit der eingegangenen Scheinverbindung zu lösen sei (αὐτίκα ἡ μὲν γενομένη μνηστεία ἅμα τῇ δοκούσῃ συναφείᾳ διαλύεται). Damit kann in Hinblick auf den Ausdruck στεφάνωμα nur die eingetretene thatsächliche Ehegemeinschaft gemeint sein.

die kanonischen Normen [1]). Ueberhaupt übersetzt Zh. den Ausdruck μνηστεύειν, μνηστεία, wenn er in kirchlichen Quellen gebraucht ist, stets mit „kirchliche Verlobung, eingesegnetes Verlöbnis", auch wenn der Text gar keinen Anhaltspunkt ergibt, so in der noch zu berührenden Entscheidung des Eustathius

---

[1]) So sagt Sinopsis min. Γ. c. 7 (Zach. J. G. R. II, 50): Ἔννομος γάμος ἐστὶ ὁ κατὰ νόμους γινόμενος καὶ φυλάσσων ὁπόσα οἱ νόμοι παρακελεύονται. Vgl. das Decret Johannes VIII. Xiphilinus (1066, Σ. V, 52). Der ganze Fall, sowie die Entscheidung des Patriarchen Alexius ist ganz klar und beweist nur, dass man bei vorzeitiger Vornahme der ehelichen Benediction kirchlich ganz im Sinne des Civilrechts (Leo Nov. 74 und l. 3 Bas. 28, 4, l. 7 B. 28, 1) für Ungiltigkeit der ἱερολογία, aber für Fortdauer der eventuellen Sponsalien entschied. Georgios heiratete mit kirchl. Feier die sechseinhalbjährige Theodote. Sein Geschwisterenkel Euthymios heiratete nach dem Tode der Th. deren Mutter Maria, welche Ehe wegen angeblicher Schwägerschaft sechsten Grades bestritten wurde, von Euth. aber mit dem Hinweis auf die Ungiltigkeit der Ehe des Georgios vertheidigt wird. Die Synode entscheidet im letzterem Sinne. Zhishman berührt dieses Decret mehrmals S. 197, 203, 362 u.a.O. Bald bezieht er dasselbe auf das bürgerliche, bald auf das sog. kirchl. Verlöbnis. Dass das Decret nur Eheschliessung im Auge hat, sagt es selbst mit dürren Worten: μεθ'ἱερολογίας ἠγάγετο (Zh. S. 203 übersetzt: feierlich verlobt, auch γαμεῖν, πρὸς γάμον ἄγειν bedeutet nach ihm S. 197 „verloben"!), ἡ παῖς πρὸς γάμον συναφθείη τῷ Γεωργίῳ, τὴν μὲν ἐπινέμησιν, καθ'ἣν ὁ γάμος συνέστη etc. Wenn es sich wirklich um ein feierliches Verlöbnis handelte, wie konnte der Kläger sagen, dass das Mädchen nicht einmal für Sponsalien fähig gewesen sei, (nach Zhishman's Interpretation der 74. leon. Novelle bestände ja für Ehe und kirchl. Sponsalien die gleiche Altersgrenze)? Wie kann es heissen, dass die Zeugen die Altersgrenze für Sponsalien und Ehe nicht unterschieden hätten, sondern nur die Benediction bestätigten und nicht wüssten, ob am selben Tage (vorher) auch noch Sponsalien abgeschlossen worden wären. Auf letzteren Punkt legt nämlich die Synode das Hauptgewicht, indem sie entscheidet: War das Mädchen bei der Benediction 7 Jahre alt, so müsse untersucht werden, ob Sponsalien vorausgegangen wären. Im bejahenden Falle beständen diese nach dem Gesetze fort, sonst aber und wenn das Mädchen noch nicht das Septennium erreicht hatte, als die Euchologie erfolgte, sei weder Verlobung noch Ehe zustande gekommen, daher bestünde auch keine Schwägerschaft. Von Verlöbniseinsegnung ist nirgends die Rede, und wenn auch, — per. inc. — wie könnte die Kirche dann l. 7 Bas. 28, 1 (= l. 9 D. 23, 1) anwenden, die doch vorzeitige Heimführung voraussetzt?

Patricius Rom. (ao. 1025 [1]) über die Heirat zweier Consobrinen mit zwei anderen Consobrinen. Eustathius Patricius Romanus, ein berühmter Richter und Rechtsgelehrter, dessen Sätze auch in den Basilikenscholien wiederkehren, steht ganz auf dem Standpunkte des Civilrechts. Am besten ersieht man dies aus dem grösstentheils aus seinen Ausprüchen compilirten praktischen Rechtshandbuche der Peira [2]). Umso unbegreiflicher erscheint es, dass Zh. auch hier für die Terminologie eines Civilisten wiederholt seine gerügte Interpretation anwendet und Stellen, die ganz unzweideutig von eheschliessender Benediction reden, zu Gunsten des Bestandes einer Verlöbniseinsegnung auslegen will. So citirt er S. 144, 706 in diesem Sinne Peira XLIX, 2 (nicht 4), obwohl diese Entscheidung ausdrücklich die rechtsbeständige (bürgerliche) Verlobung und die darauf in unmündigem Alter erfolgte ungiltige Benediction der Ehe unterscheidet. Dass es sich um eheliche Benediction handelt, geht daraus hervor, dass die Verbindung vollzogen wird und es sich, wie in der von Patr. Alexius getroffenen Entscheidung, nur um die Frage handelt, ob trotz der Ungültigkeit der ehelichen Benediction Unmündiger die vollzogene Verbindung bei Eintritt der aetas legitima rechtsbeständig werde. Die Stelle beweist somit, dass die 74. Novelle Leo's in der Praxis oft vernachlässigt wurde und man die Verbindung einfach mit Berufung auf l. 7 B. 28, 1 und l. 3 Bas. 28, 4 convalesciren liess. Sprächen alle diese Stellen von Benediction als Form des Verlöbnisses, so hätte die Verbindung nie auf diese Weise Ehe werden können, da die von der 89. Novelle Leo des Weisen vorgeschriebene eheschliessende Benediction gefehlt haben [3]) würde und die

---

[1]) Zhishman, S. 45, 361, Σ. V, 341 fg. Zachariae, gr. r. Rg. S. 27, 30.

[2]) Zhishman, S. 66. Zachariae l. c., herausgeg. v. dems. in J. G. R. I.

[3]) Die Stelle der Peira XLIX, 2, (Zachariae ed. J. G. R. I, 222) sei, weil sie vollständig meine Ansicht bestätigt und Zhishman's Standpunkt unerklärlich macht, hier ganz angeführt. Sie charakterisirt zugleich am besten die in der Gerichtspraxis herrschende Unsicherheit des damaligen byzant. Eheschliessungsrechtes, welche zur späteren Reform des

kirchliche Verlöbnisform als solche die Ehe nicht allein hätte schliessen können. So aber hatte eine eheschliessende Benediction, wenn auch ohne civilrechtliche Wirkung, stattgefunden.

Kaisers Alexius l. Comnenus führte. Das einschlägige cit. Capitel sagt: Ὅτι ὅταν μέν γένηται ἔννομος μνηστεία, εἶτα ἀτελὴς ἱερολογία (rechtskräftige Verlobung, darauf ungültige Einsegnung), πληρώσῃ δὲ τὰ ιβ΄ ἔτη ἡ γυνὴ παρὰ τῷ ἀνδρί, μὴ μεμψαμένου (künden) τοῦ ἀνδρὸς ἐντὸς τῶν ιβ΄ἐνιαυτῶν, συνίσταται ὁ γάμος καὶ οὐδὲ διὰ δόσεως προστίμων λύεται. Καὶ ὁ μάγιστρος τοιαύτην ἔκρινεν ὑπόθεσιν· ὁ παρασκότομος γαμβρὸς ἀγαγόμενος ἔννομον μνηστείαν ἐποιήσατο, εἶτα ἀτελῆ ἱερολογίαν· μετὰ ταῦτα ἐξῆκεν ὁ ιβ΄ χρόνος τῆς κόρης καὶ μετάμελον λαβὼν αὐτὸς ἐπειρᾶτο ἀνατρέπειν τὸν γάμον (die Ehe zu lösen), ἀλλ'οὐ προσεδέξατο τοῦτον κινοῦντα ὁ πατρίκιος ὑπὲρ αἰτίαν προβαλλόμενον, ὡς ἀπολειφθῇ τοῦ οἴκου πολλάκις ὁ γαμβρὸς, καὶ ὡς οὐκ εὐσχημόνως εἴη βιοῦσα· ἀλλ' ἔκρινεν, ἐπεὶ ἡ μνηστεία ἐννόμως προέβη καὶ ἱεροτελεστία γέγονεν, εἰ καὶ ἐν ἀτελεῖ χρόνῳ ἐτελέσθη, ἐξερρύει δὲ ὁ δωδεκαετὴς χρόνος μὴ μεμψαμένου αὐτοῦ τὸν γάμον καὶ μὴ διὰ προστίμου δόσεως λύσαντος, τοῦτον εἶναι ἀβραγῆ καὶ ἄλυτον. Καὶ τέθεικε τῇ κρίσει νόμον (= l. 7 B. 28, 1)· „ὁ κόρην ἥττονα τῶν ιβ΄ἐτῶν ἀγαγόμενος" καὶ ἑξῆς, καὶ ἥρμοσε τὸ ῥητὸν τὸ λέγον (? τοῦ λόγου?)· „ἡ ἥττων τῶν ιβ΄ ἐτῶν γαμηθεῖσα τότε γίνεται ἔννομος γαμετὴ, ὅταν παρὰ τῷ ἀνδρὶ πληρώσῃ τὰ ιβ΄ ἔτη" (l. 3. Bas. 28, 4), ἑρμηνεύων ὅτι τὸ παρὰ τῷ ἀνδρὶ τὸ εἰρημένον τῷ νόμῳ οὐ τὸ δι'ὄπνομάχης ἔχειν αὐτὴν τοῦτον ἢ εἰς μίαν κατακεκλεῖσθαι οἰκίαν σημαίνει, ἀλλὰ τὸ τὴν γαμικὴν διάθεσιν φυλάττεσθαι παρίστησι· (cf. oben S. 205 A. 1, S. 206 A. 2 u. 3). Τοῦτο δὲ δείκνυται ἐκ τοῦ μὴ ἐντὸς τῶν ιβ΄ χρόνων πεμφθῆναι παρά τινος τῶν μερῶν διαζύγιον διὰ μαρτύρων ζ ἐφήβων ῥωμαίων, κατὰ τὸν λέγοντα νόμον (l. 9 B. 28, 7) „καὶ ἐπὶ διαλύσει τῆς μνηστείας δεῖ τελεῖσθαι διαζύγιον" ὡς εἰ μὲν ἐντὸς τοῦ ιβ΄ ἐνιαυτοῦ γενομένης ἐννόμου μνηστείας καὶ ἱερολογίας μέμψεταί τις τῶν μερῶν τὸν γάμον, τότε διὰ προστίμου δόσεως λύειν δύναται τὸν γάμον· εἰ δὲ διέλθῃ ὁ ιβ΄ χρόνος, οὐ δεῖ νόμους ἀπηριθμημένους προβάλοιτο (?)· τὸ δὲ ἐννόμου γενομένης μνηστείας καὶ ἱεροτελεστίας ἐν ἀτελεῖ χρόνῳ διὰ προστίμου δόσεως λύεσθαι τὸν γάμον, δείκνυται ἐκ τοῦ λέγειν (τῶν μερῶν . . ,) . . . „τὸ γὰρ μετὰ τὴν εὐλογίαν διίστασθαι, τοῦτο ἂν εἴη μνηστείας ἀληθῶς (ἀληθοῦς? cf. Nov. Leon. 74: ἀληθής) λύσις". Ὅπερ καὶ ὁ κάνων τῆς ς΄ συνόδου φησὶν ὅτι „δύναται ἡ μνηστὴ τοῦ μνηστῆρος ἐν τοῖς ζῶσιν ὄντος" καὶ τὰ ἑξῆς (c. 98 syn. trull.); der Schluss ist leider corrumpirt oder lückenhaft. Es war offenbar die 74. Novelle Leo des Weisen und c. 98 der trull. Synode citirt, was ein neuerlicher Beweis wäre, dass erstere Entscheidung nur den speciellen Fall der Einsegnung und Heimführung Unmündiger im Auge hatte. Auch hier ist durchgängig von γάμος die Rede und es wird ausdrücklich hervorgehoben, dass nur das Vorausgehen eines rechtsbeständigen Verlöbnisses und der

Mit noch weniger Berechtigung als in den bisher besprochenen Fällen durfte Zh. sich auf die Decrete des Patriar-

---

in der ehelichen Gemeinschaft zum Ausdruck gekommenen Eheconsens über die Ungiltigkeit des Eheschlusses durch ἱερολογία, die ja vorgeschrieben war, hinweghelfe. Es ist mir unbegreiflich, wie Zhishman διαζόγιον mit Nichtigkeitsklage übersetzen und ganz ausser Acht lassen kann, dass die eheliche Benediction civilrechtlich vorgeschrieben war, also in dem in der Peira behandelten Falle nachträglich hätte erfolgen müssen. Davon ist dort jedoch mit keiner Silbe die Rede; Zhishman (zwar nicht S. 144, aber S. 708) nimmt sehr willkürlich das Gegentheil an. Ich habe eine einzige Stelle aufgefunden, wo von einer Wiederholung der Benediction für diesen Fall die Rede ist. Balsamon ad c. 38 ep. can. Basilii (M. P. G. 138, 706, Σ. IV, 183) sagt bezüglich der Ehe Geraubter und Ehe gegen den Willen der Eltern: Ταῦτα δὲ, ὡς ἐμοὶ δοκεῖ, χώραν εἶχον, ὅταν συναινέσει μόνῃ συνίστατο ὁ γάμος. Σήμερον γὰρ, ἐπεὶ μετὰ ἱερολογίας γίνεται, κἂν συναινέσωσι οἱ γονεῖς, γάμος μετὰ ἱερολογίας οὐ γενήσεται, εἰ μὴ πληρωθῶσι τὰ τοῦ ἐπιτιμίου τρία ἔτη ἢ παρὰ τοῦ ἐπισκόπου κατὰ τὴν οἰκείαν ἐπίκρισιν στενοχωρηθῶσιν. Ἱερολογίας δὲ ἀνυποστάτως γενομένης ἐπὶ ἀνήβῳ κόρῃ καὶ μετὰ ταῦτα τῶν γαμικῶς ἱερολογηθέντων στοιχούντων τῷ γάμῳ, συνεζητήθη, εἰ τὰ τικτόμενα ἐξ αὐτῶν γνήσιά εἰσι καὶ νόμιμα. Ἔλεγον γάρ τινες, ὡς ἐπεὶ ἀρχῆθεν ἀνυπόστατος ἦν ὁ γάμος διὰ τὴν ἀνηβότητα τῆς κόρης, τὰ δὲ ἐξ ἀρχῆς ἀνυπόστατα ἐκ τῶν μετὰ ταῦτα συμβαινόντων οὐ βεβαιοῦται, καθὼς ὁ νόμος φησὶ, ἐξ ἀνάγκης εἰ μὴ γένηται δευτέρα ἱερολογία, οὐδὲ νομίμως τούτους συνάπτεσθαι εἴποι τις. Τὸ αὐτὸ δὲ ἔλεγον ὀφείλειν γίνεσθαι καὶ εἰς τὴν ὑπεξουσίαν τὴν παρὰ γνώμην τοῦ πατρὸς ἱερολογηθεῖσαν, διενιστάμενοι, ὡς, κἂν μετὰ ταῦτα συναινέσῃ ὁ ἔχων αὐτὴν ὑπεξουσίαν, γάμος οὐ συσταίη, εἰ μὴ καὶ ἡ ἱερολογία γένηται. Ὁ δὲ μακαρίτης κύριος Κωσταντῖνος ὁ Νικαιεὺς (ca. 1071, Civilist, Basilikenscholiast, Zachariae gr. r. Rg. S. 32) ἐπὶ μὲν τῆς ὑπεξουσίας ἔλεγε μὴ δεῖσθαι δευτέρας ἱερολογίας διὰ τὸ καταφρόνησιν μόνην προσώπου, ἤτοι τοῦ πατρὸς, γενέσθαι, καὶ ταύτην διὰ τῆς συναινέσεως περιαιρεθῆναι· ἐπὶ δὲ τῆς ἀνήβου, ἤθελε δευτέραν γενέσθαι ἱερολογίαν, διὰ τὸ ἀθετηθῆναι κοινὸν νόμιμον (Nov. Leon. 89?), καὶ μὴ ἄλλως θεραπεύεσθαι εἰ μὴ μετὰ διόρθωσιν· ὅπερ ἐμοὶ οὐ δοκεῖ διὰ τὸ σέβας τὸ πρὸς τὴν ἱερολογίαν. Die Civilisten waren also für Wiederholung der (früher ungiltigen) Einsegnung (Eheschliessung), die Kanonisten waren der gegentheiligen Ansicht, „wegen der hohen Bedeutung der Weihe". Der Fall der Eheschliessung durch Einsegnung in unmündigem Alter scheint sehr häufig gewesen zu sein. Die Peira allein kehrt noch zweimal darauf zurück. XLIX, 12, wo es sich um Benediction einer Unmündigen ohne vorherige Verlobung (εἰφκήσατο γαμβρὸν, μὴ ποιήσας μνηστείαν,

chen Johannes VIII. Xiphilinus (1063—1075) zur Unterstützung seiner Ansicht berufen. Ich habe mit dem besten Willen nicht herausfinden können, wo und wieso in diesen Entscheidungen „dem nicht eingesegnetem Verlöbnisse die μνηστεία νόμιμος oder die μνηστεία κατὰ νόμον entgegen gestellt" und letzterer „ausdrücklich die Bedeutung der wirklichen Ehe zuerkannt und aus ihr das Ehehindernis der Quasi-adfinität abgeleitet" wird. Im Gegentheil, es geht aus dem Wortlaute beider Decrete unzweideutig hervor, dass dieselben das rechtskräftig geschlossene Verlöbnis im Allgemeinen mit jenem technischen Ausdrucke bezeichnen, ohne irgendwie einen Unterschied zu machen, weder zwischen sog. bürgerlichem und kirchlichem (eingesegnetem) Verlöbnisse, noch zwischen einfachen und solennen Sponsalien. Der Einsegnung wird nur einmal [1]) und zwar im

---

ἀλλ' αὐτίκα ἱερολογήσας αὐτοὺς) handelt. Ὁ δικάστης entschied für Lösung der Ehe (καταλυθῆναι τὸν γάμον, εἰπὼν ὅτι οὐ δεχόμεθα τὸν γάμον ἀντὶ μνηστείας, οὐδὲ τὴν ἱερολογίαν, πρὶν ἂν ὁ νόμιμος χρόνος τοῦ γάμου συμφθάσῃ). Hier wird wegen der Euchologie von Ehe gesprochen, obwohl das Mädchen im Hause des Vaters geblieben war. In XLIX, 22 wird nach Verlobung und μετὰ χρόνον erfolgter Euchologie die Ehe einer Unmündigen gelöst und als Schändung erklärt (ὃ δικάστης ἔλυσε τὸν γάμον φθορᾶν τοῦτο ὀνομάσας). Obwohl es sich also in diesen Stellen stets um thatsächliche Lebensgemeinschaft und eheliche Benediction (συναφεία καὶ ἱερολογία, Peira XLIX, 10) handelt, ja im ersteren Falle gar keine Verlobung, im zweiten Falle die μνηστεία lange der Euchologie vorausgieng, bezieht Zhishman doch unentwegt diese Fälle auf Verlöbniseinsegnung (S. 144 u. A. 5, S. 706). Warum sagt Zh. statt kirchliches Verlöbnis nicht einfach kirchliche Eheschliessung, da er selbst zugibt (S. 360, 393), dass es der Bedeutung und Wirkung (nicht der Form) nach eine solche war?

[1]) Σ. V. 52, M. P. G. 119. 756: μὴ μόνον εἰ γάμος καὶ ἱερολογία φθάσει προβῆναι, κωλύεσθαί τε καὶ ἄθεσμον τὸ συνάλλαγμα ὀνομάζεσθαι· ἀλλὰ κἂν μνηστεία κατὰ τὸν νόμον τετέλεσται, γάμος δὲ οὐκ ἀπήρτισται, θανάτῳ δὲ ἢ ἑτέρῳ τρόπῳ διαλέλυται, μὴ ἐξὸν εἶναι, θάτερον τῶν προσώπων, τῷ κατὰ τὴν συγγένειαν ἡνωμένῳ αὐτῷ προσώπῳ, ἐξ ἧς αἰτίας κώλυμα γίνεται γάμου, ἢ κατὰ ἄλλον τινὰ τρόπον τὸ ἀθέμιτον παρεισάγεται, συνάπτεσθαί τε κατὰ τὸν νόμιμον γάμον καὶ νόμος ἐγνωσμένον ἢ θείοις κανόσι τὸ συνάλλαγμα ἢ τὴν συνοίκησιν κεκλῆσθαί τε καὶ ὅλως καθίστασθαι· τῆς νομίμου μνηστείας τοῦ γάμου τάξιν τε καὶ κατάστασιν ἐχούσης. Es wird somit im Decrete selbst der Ausdruck νόμιμος noch an anderer Stelle

älteren der genannten Synodaldecrete (1066) Erwähnung gethan und das unleugbar im Sinne einer eheschliessenden Form (γάμος καὶ ἱερολογία). Sonst ist aber immer nur von μνηστεία schlechthin die Rede (μνηστείας προβάσης καὶ γάμου μὴ ἐπακολουθήσαντος) und kein Wort deutet auf eine Benedictionsform des Verlöbnisses [1]). Wohl aber spricht eine Reihe gewichtiger Argumente gegen die Interpretation Zh's. Vor Allem die legislatorische Tendenz dieser Patriarchaldekrete, welche nach dem Wortlaute derselben dahin geht, die von Patriarch Sisinnius (997) aufgestellten Affinitätsverbote auch aus dem Verlöbnisse als eheähnlichem Verhältnisse abzuleiten. Hätte nun die Kirche diese Neuerungen nur auf das benedicirte Verlöbnis beschränken wollen, für welches nach Zh's. Auffassung die 74. Novelle Leo's des Weisen die Pubertät fordert und die Unauflöslichkeit wie bei der Ehe festsetzt, so wäre unerklärbar 1. warum diese Beschränkung in beiden Decreten nicht ausgesprochen wurde, sondern erst einige Decennien später Kaiser Alexius I. Comnenus dies hatte neu feststellen müssen, da in der Praxis [2]) man diese Verbote auf alle Verlöbnisse bezog? 2. wäre unverständlich, wieso die ältere cit. Entscheidung der Sponsalieulösung μετὰ προστίμου erwähnt, die zwar durch Leo's Nov. 18 allgemein vorgeschrieben, aber doch durch Leo's Entscheidung in Nov. 74 nach Zh's. Auslegung für benedicirte Sponsalien ausgeschlossen gewesen wäre? 3. Warum endlich, und dies ist das

---

im allgemeinen Sinne von legitimus gebraucht. So auch im zweiten Decrete: Σ. V, 54, M. 119, 759.

[1]) Uebrigens bezieht Zhishman selbst S. 397 die Decrete auf das förmliche „Civilverlöbnis mit der Stipulation" und nicht auf benedicirte Sponsalien!

[2]) Vgl. die diesbezügliche Bemerkung am Eingange der Novelle dieses Kaisers (ex ao. 1084, Zach. J. G. R. III, 359): καὶ ὁ μὲν πολὺς ἄνθρωπος ἀνεξετάστως τῷ πράγματι ἐπιβάλλων καὶ βάπτειν ὅλως μὴ ἐξικνούμενος εἰς τὸν νοῦν τῆς συνοδικῆς γνώσεως, ἀσυλλογίστως ἐπλάζετο, ὅτι ποτὲ κυρίως ἐστὶν ἡ μνηστεία καὶ ὅπως ἔχει μᾶλλον τὸ ἀσφαλὲς διακριβοῦν μὴ δυνάμενος καί που τάχα τὸ τῆς ἰδίας ἀνεπίσκεπτον διανοίας κατὰ τῆς ἐκκλησιαστικῆς ἐπεγράφετο ἀκριβείας. Dieser Zusammenhang wird von Zhishman S. 363 auffallenderweise ganz übergangen. Vgl. noch w. u. S. 233 Anm.

gewichtigste Argument gegen Zh's. Ansicht, erfolgte die Begründung der genannten Affinitätsverbote nicht, wie es doch, jener Ansicht entsprechend, nahe liegend gewesen wäre, einfach mit dem Hinweise auf die durch Leo phil. angeblich erfolgte Gleichstellung des eingesegneten Verlöbnisses mit der Ehe? Warum wird diese Novelle ganz todtgeschwiegen und zur Begründung der Quasiaffinität (vgl. Zh. S. 145, 363) nur auf die spärlichen aus dem justin. Rechte in die Basiliken übergegangenen Verbote und auf die sonstige, in der Frage der Ordination von Bigamen und der willkürlichen Sponsalientrennung (c. 98 syn. Trull.) vertretene Gleichstellung von Brautstand und Ehe zurückgegriffen?

Alle diese Widersprüche lösen sich nur, wenn man entweder die in Rede stehenden Synodaldecrete blos auf das bürgerliche Verlöbnis schlechthin bezieht, wie es die Citirung der Basilikenstellen eigentlich von selbst fordert, oder wenn man die 74. Novelle Leo's des Phil. nur auf die eheschliessende Benediction bezieht. Dann, und nur dann konnte sie in einer kirchlichen Norm, welche aus dem Verlöbnisse neue Ehewirkungen ableitet, unberücksichtigt bleiben. Stellt man sich aber auf den Standpunkt Zh's, so wäre nicht nur dieses Todschweigen der Entscheidung Leo's, sondern überhaupt die nicht erfolgte Citirung derselben in allen bisher angeführten Aussprüchen der nachleoninischen Zeit einfach unbegreiflich. Es ergibt sich vielmehr aus den letzteren fast zur Gewissheit, dass eine Benediction als Verlöbnisform im Sinne der Zh's Auffassung für diese Zeit nirgends sich constatiren lässt. Ueberall ist nur von einer einzigen Einsegnung, d. i. der Benediction als kirchlich, wie staatlich geforderter Eheschliessungsform, die Rede und die technische Ausdrucksweise μνηστεία καὶ ἱερολογία [1]) (μνηστείαν ἱεροτελεστείαις βεβαιοῦσθαι u. s. w.) bedeutet für diese Periode nicht, wie Zh. annimmt, dass das Verlöbnis durch die Einsegnung erst seinen Charakter als eigentliches, kirchlich aner-

[1]) Siehe oben S. 208, 213, 216: Leo's Nov. 98, 109, 112, Synod. Decret Joh. Xiphilini (1066), Peira XLIX, 2 etc.. Vgl. aber später Kaiser Alexius I. Comnenus in seinen beiden später zu besprechenden Novellen.

kanntes und wirksames Sponsale gewinne, sondern dass im Gegensatz zur früheren civilrechtlichen Lehre nunmehr das Verlöbnis durch die blosse Benediction zur Ehe werde und die sonst civilrechtlich geforderte Eingehungsform [1]) bezw. die Heimführung zur Constituirung des ehelichen Verhältnisses nicht nöthig sei.

53. Die bisher geschilderte Entwicklung, namentlich aber die Decrete des Patriarchen Joh. Xiphilinus hatten eine Terminologie zur Folge, welche uns schon in den leoninischen Novellen theilweise begegnet, späterhin aber fast ständiger Quellenausdruck wird. Ganz allgemein finden wir nämlich in der Folgezeit das Wort γάμος nur auf die vollzogene Ehe, den Ausdruck μνηστεία aber, mit oder ohne Hinzufügung des Wortes ἱερολογία, auf die geschlossene d. h. eingesegnete, aber noch nicht vollzogene eheliche Verbindung angewendet [2]). Je mehr nun durch den altjustiniani-

---

[1]) S. 193 A. 1, S. 206, A. 1.

[2]) Insbesondere Nov. 98 Leo des Weisen, welche die Ehe der Eunuchen verbietet und in der Begründung dieses Verbotes folgende bemerkenswerthe Sätze enthält: Οὐκ οὖν δίκαιον καὶ νῦν περὶ τῆς ζητουμένης ὑποθέσεως (ἡ δὲ ἐστὶν εἰ ἔξεστιν εὐνούχοις πρὸς γάμου συνάπτεσθαι) νόμον τυχεῖν γενέσεως. Ἀλλὰ πρὸ τῆς τοῦ νόμου ἐκθέσεως ἄξιον πρὸς ἐξέτασιν καταστῆναι τοῦ πράγματος, καὶ συνιδεῖν, εἰ δύνατον τὴν τοιαύτην συνάφειαν ἀποφέρεσθαι γάμου κλῆσιν, μᾶλλον δὲ εἰ ὅλως ἐπ' αὐτῇ θέμις τελεῖσθαι, ἃ τῷ γάμῳ τελεῖται, οἷον εὐχὴν ἱερὰν ἢ τελετὴν . . . καὶ ὅσα ἐπὶ μνηστείᾳ γίνεται. Ὁ μὲν γὰρ ἱερεὺς κατὰ μίμησιν τῆς ἄνωθεν παρὰ τοῦ πλάσαντος εὐλογίας τοῦ πρὸς αὔξησιν τὰ γένη συναρμόσαντος ἔστηκεν ἱερολογῶν . . . ποίᾳ δὲ ἱερᾷ συνεπιπλήξεται τελετῇ; οὕτω δὲ τῆς συναφείας ὁρωμένης ἀνευφράντου καὶ ἀνέρου καὶ ἀτελέστου καὶ ἀμεθέκτου εὐλογίας, πῶς ἡ γαμήλιος κλῆσις ἁρμόσει; . . . Καὶ τίς ἂν φαίη; Ἀλλά, φασὶ, Παῦλος εἶπε· Κρεῖττον γαμεῖν ἢ πυροῦσθαι, ὥστε διὰ τὴν πύρωσιν ἀκώλυτον ἡ συνάφεια. Ὁ τὸν Παῦλον εἰς μέσον προάγων, πρόσχες τοῦ Παύλου τοῖς ῥήμασι. Γαμεῖν, εἶπε, τουτέστι διὰ τῆς γαμικῆς ὁμιλίας συναρμόζεσθαι γυναικί. Εἰ μὲν οὖν καὶ ἡ σὴ πρὸς γυναῖκα μῖξις συνάρμοσις γαμικὴ, καὶ ἀξία τυχεῖν εὐλογίας, ἥτις ὀφείλεται τοῖς νομφαγωγουμένοις, γάμον αὐτὴν ἐξονόμαζε καὶ περισπόπει νύμφην· εἰ δ' εὐλογίας οὐκ ἂν οὐδ' ὄναρ ποτὲ μετάσχοις, (τίς γὰρ ἂν ἢ ποία ἱερολογία ἐπὶ τοῖς μὲν συναπτομένοις τῷ τοῦ πλάσαντος δόγματι ἀπ' ἐναντίας δὲ τῷ νόμῳ τῆς φύσεως προέλθοι;) τί τὸν Παῦλον εἰς συμφωνίαν ἕλκειν τολμᾷς τοῦ σου ἀγάμου καὶ ἐκφύλου γάμου; (Zach. J. G. R. III, 195, M. P. G. 107, 618). Der Standpunkt der leoninischen Reformen, die ganze Wendung zu Gunsten der

schen Standpunkt der Basiliken als der nunmehr tonangebenden Codification die einstige Bedeutung der traductio als ehebeginnenden Momentes wieder in den Vordergrund trat, musste diese Terminologie, welche von der eheschliessenden Kraft der ἱερολογία ausgieng, verwirrend wirken.

Aber nicht bloss die Terminologie wurde verwirrend. Es musste weiters auch eine sehr fühlbare Unsicherheit in der praktischen Handhabung der leoninischen Novellen sowie der Basilikencodification desselben Kaisers entstehen, da diese beiden gesetzgeberischen Emanationen hinsichtlich der vorgeschriebenen Form der Ehe unter sich, hinsichtlich des die Ehe schliessenden Factors aber mit der Lehre der Kirche in entschiedenem Widerspruche standen.

Wie schon wiederholt hervorgehoben wurde und aus den vorstehenden Belegstellen sich ergibt, vertreten die Novellen Leo's unter dem gesteigerten Einflusse der Kirche den Standpunkt, dass die Benediction so sehr Hauptmoment der Eheschliessung sei, dass ohne sie keine eheliche Rechtswirkung entstehen könne (Novelle 89, 98, 112). Die Einsegnung war also unerlässliche Eheschliessungsform, aber auch nichts weiteres als das. Einen wesentlich abweichenden Standpunkt nehmen die Basiliken ein. Sie bedeuten vollständige Rückkehr zum justinianischen Rechte d. h. zu dem (mit Ausnahme bestimmter Standesvorschriften festgehaltenen) Principe formloser Eheschliessung[1]). Nirgends ist in dieser grossen Codification, noch in deren Scholien der Benediction Erwähnung gethan, obwohl den Basiliken grösstentheils der kirchlich beeinflusste Entwurf der Epanagoge zu Grunde gelegt wurde[2]). Nicht einmal die Be-

kirchlichen Lehre konnte nicht besser zum Ausdruck gebracht werden: die Weihe vollendet die Ehe, aber ihre abschliessende Kraft ist bedingt durch die Möglichkeit der Verbindung. Von verlobender Benediction ist nirgends die Rede.

[1]) Nur c. 3 Nov. Just. 22. u. c. 4 Nov. Just. 74 sind nicht aufgenommen; cf. Zachariae, gr. r. Rg. 72. vgl. oben S. 206 Anm. 2. u. 3.

[2]) Zachariae, gr. r. Rg. S. 23, idem, Coll. libr. J. G. R. inedit. p. 55 squ. u. 224, ed. Prochiron p. CLV squ. prol. ad Eclog. § 5. Heimbach, edit. sepu. u. Basilic. prolegom. p. 131. Nur Titel 28, 1 der Basiliken ist ganz dem Prochiron entsprechend.

stimmung des Proch. IV, 27, welche gegen die Heimlichkeit der Eheschliessung gerichtet war, ist in die Basiliken übergegangen. Wenn nun auch die 89. Novelle Leo's des Weisen dem Principe der Formlosigkeit derogirt hatte und weiters anzunehmen ist, dass die Eheschliessung durch Benediction ziemlich allgemeine Sitte und streng durchgeführte kirchliche Norm war, so ist doch nicht zu übersehen, dass das Recht der Basiliken die ganze Praxis der späteren Zeit beherrscht hat und sohin manche der kirchlich beeinflussten Reformen Leo's in der Wirklichkeit unbeachtet geblieben sein mag. So bezeugen gerade die im zehnten und elften Jahrhundert von privater Hand erfolgten Bearbeitungen der Ecloga und der Basiliken, des Prochiron und der Epanagoge, dass man in der Praxis auch die formlose Eheschliessung zuliess [1]). Wie schnell diese Uebung nach Publication der Basiliken eingerissen hatte, geht aus den Worten der cit. 89. leon. Novelle hervor, welche auf die vielfache Vernachlässigung der kirchlichen Form hinweist und damit ihre Entscheidung begründet.

In einem Punkte stimmte jedoch die durch diese Novelle getroffene Reform mit dem Rechte der Basiliken überein, darin, dass die Einsegnung immer nur eine Form der Eheschliessung bildete, welche wohl für den vollkommenen Ehecharakter wesentlich war, aber nicht die Ehe als solche schuf. Eheschliessungsfactor blieb noch immer der Consens, den Beginn der Rechtswirksamkeit der Ehe [2]) aber bewirkte erst die Benediction, nach den Basiliken die Heimführung. Dem

[1]) Epitome XXIII c. 10 (ao. 920), Epanagoge aucta (ca. 950) XIV, 16, 54, 55, Synopsis maior, Γ, I, 9 (ao. 964—967), Ecloga priv. aucta II, 1, 2 u. Ecloga ad Proch. mut. II, 1 (beide des elften Jahrh.), Prochir. auct. IV, 25, 29 (Ende des 13. Jahrh.) bei Zachariae J. G. R. IV, 9, 65, 222, 227, V, 144, VI, 30, 31; id. gr. r. Rg. S. 25, 26, 36, 40, 43, cf. auch Zachariae Proch.

[2]) Der Satz: Consensus, non concubitus facit nuptias (vgl. oben S. 142 A. 3, S. 206 A. 3) kehrt auch nach den Basiliken oft wieder: Epan. auct. XIV, 17, Synopsis maj. Γ. I, 9, Proch. auct. IV, 2, 25, (Zach. J. G. R. II, 426, IV, 223, V, 144, VI, 28. Man vgl. besonders noch Proch. auct. I, 21 (20) u. Epit. XX, 15, (Zach. J. G. R. II, 416, VI, 11): καὶ ἡ μὴ συναφθεῖσα τῷ ἀνδρὶ ἀλλ' ἔτι παρθένος οὖσα πενθεῖν χρεωστεῖ τὸν ἄνδρα· τοῦτο νόησον

gegenüber begann die Kirche zu jener Zeit, gestützt vielleicht auf den Standpunkt der 89. leon. Novelle die Lehre zu vertreten, dass nicht der Consens, sondern die Weihe der eheschliessende Factor, die Basis des Sacraments der Ehe sei [1]). Die Kirche begnügte sich nicht mehr damit, die Form der Eheschliessung bestimmt und in das weltliche Recht eingeführt zu haben, ihre Lehre concentrirte sich nunmehr darin, dass nur die kirchliche Weihe allein die Ehe schaffe, dass überhaupt nur dort, wo die Weihe erfolge, Ehe vorliege. Mit anderen Worten, es bildete sich der Grundsatz aus, dass Mangel der kirchlichen Weihe die Ehe nicht nur unerlaubt, sondern auch ungiltig mache.

ὡς ἐν γάμῳ τὴν γυναῖκα καὶ οὐχὶ ἐν μνηστείᾳ. Hiezu resp. Nicetae Heracl. ep. resp. (M. P. G. 119, 935, Σ. V, 441). Die für die Bedeutung der traductio massgebenden Sätze des justinianischen Rechts giengen ebenfalls wörtlich in die Basiliken (l. 5, 7 D. 23, 2 = l. 4, 6 B. 28, 4, l. 5, 6 C. 5, 3 = l. 5, 6 Bas. 28, 3) und in die späteren Bearbeitungen derselben über: Epan. XVI, 26, Epitome XXIII, 2, Epanag. aucta, XIV, 36, 37, Proch. auct. III, 12, 13, IV, 9 (Zach. Coll. p. 108, J. G. R. II, 426, IV, 225, VI, 27, 29).

[1]) Angedeutet findet sich diese Lehre schon früh z. B. Johann. Chrysostomus hom. 20 in ep. ad Ephes. c. 5, hom. 48 c. 6 in Genesin c. 24 (M. P. G. 62, 141 squ.), Nicephori c. 153 = Thimoteus Al. Erot. 11 (P. I, 632, II, 341) u. a. Doch treffen wir dieselbe in präciser Form ausgesprochen erst nach der Reform des Kaisers Alexius I. Comnenus (1084), namentlich bei Balsamon. Zwar enthalten bereits die unter kirchl. Einflusse stehenden Novellen Leos des Weisen (Nov. 98, 112, oben S. 210 A. 1, S. 219) Sätze, welche die Entwicklung im Sinne dieser kirchlichen Auffassung auch für das Gebiet des weltlichen Eherechts vorbereiten. Aber noch die Novelle ex 1084 Kaisers Alexius (Zach. J. G. R. III, 359) deutet an, dass die Weihe nur eine Ergänzung des civilrechtlichen Vorganges sei, durch welche die Mitwirkung Gottes zum Ausdrucke komme, gleichviel ob es sich um Sponsalien oder Hochzeit handle (κανταῦθεν — bezieht sich auf das vorausgehende ἡμῖν, also von seiner Zeit an — οὐχ ὁ γάμος μόνον, ἀλλὰ καὶ αὐτὴ ἡ μνηστεία ἱερὰν εὐλογίαν ἐπιτελουμένην ἔχει παρ' ἑαυτῇ καὶ ὁ καιρὸς ὡρισμένος διὰ νεαρωτέρου θεσπίσματος τοῦ φιλοσοφωτάτου βασιλέως Κυρίου Λέοντος ἐπὶ τῇ πρώτῃ τῶν ξυμπάντων συναρμογῇ ἐξετέθη . . . οὐκ ὀλίγον ἐνταῦθα τὸ ἄτοπον ἐπισύρεται τὰς προσεισοδίους τῶν γάμων εὐχὰς ἐπὶ μνηστείᾳ συντελεσθείσας

Ein weiterer Widerspruch, der mit dem oben Gesagten in Zusammenhang steht, ergab sich zwischen dem die Praxis be-

---

ὡς τι τῶν εἰκαίων καὶ συμφερομένων λογίσασθαι καὶ διαφόρως ἐκλαβέσθαι τόδε τὸ πρᾶγμα ὥσπερ ἂν εἰ μὴ θεὸς μέσος τῶν συναπτομένων προσώπων διὰ τῆς μνηστείας εἰσήγετο). In der zweiten Ergänzungsnovelle desselben Kaisers (1092) (Zach. J. G. R. III, 378) wird bereits die Weihe als das eigentlich abschliessende (ἅτε Θεοῦ κρατύνοντος, διὰ τῆς τοῦ Θεοῦ ἐπικλήσεως) und als Grund der Unauflöslichkeit des Verhältnisses bezeichnet (die entscheidenden Stellen bei Zhishman S. 147 A. 1), vgl. auch Manuel Critop. resp. (ao. 1250, M. P. G. 119, 811, Σ. V. 115). Ein aus demselben Jahre (1092) stammendes Synodaldecret des Patriarchen Nicolaus III (Grammaticus) erklärt sogar, dass die Weihe allein die Ehepacten entbehrlich mache, da der Ehevertrag auch ohne arrha und Sponsalien die Verbindung unlöslich mache (ὥσπερ τοίνυν ἐπὶ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων οὐ λέγομεν ἄκυρον εἶναι τὸ γεγονὸς, μὴ δοθέντων ἀῤῥαβόνων, οὕτω καὶ ἐπὶ τοῦ γαμικοῦ συναλλάγματος, κἂν ἀῤῥαβὼν ἤτοι μνηστεία μὴ προβῇ βέβαιον ἔσται καὶ ἀδιάσπαστον. Τῆς γοῦν προβάσης μνηστείας, ὡς εἴρηται, μέσον τοῦ κληρικοῦ καὶ τῆς Μαρίας, οὔσης ἀνυποστάτου, ἐσεῖται ὁ κληρικὸς ἔχων ἀδιασειστῶς τὴν διὰ μόνης γαμικῆς ἱερολογίας ἁρμοσθεῖσαν αὐτῷ σύζυγον, ὡς διείληπται. M. P. G. 119, 766; 104, 1186 (Balsamon ad Phot. Nov. XIII, 2), Σ. I, 292), vgl. Zhishman S. 648, 709 A. 1. und die Ausdrucksweise des Patr. Alexius (1028, 1038) oben S. 212 A. 1. Das Zurücktreten der civilrechtlichen Seite des Eheschlusses und die Betonung des religiösen Momentes zeigt sich in dieser Stelle deutlich. Das Reugeld wird als nicht bedingt nöthig erklärt. An die Stelle des so geschlossenen Verlöbnisses oder Ehevertrages trat allmählich das benedicirte Verlöbnis. In den Novellen des Kaisers Alexius I. Comn. finden sich noch die alten civilrechtlichen und die neuen kanonischen, nun auch staatlich anerkannten Bestärkungsformen des Verlöbnisses (ἀῤῥαβὼν καὶ φίλημα — ἱερὰ τῶν εὐχῶν ἐπῳδή) neben einander. Die kirchliche Lehre, dass die Weihe nicht nur wesentliche Form, sondern constitutives Element der Eheschliessung sei, hatte zur Zeit des genannten Kaisers bereits so festen Boden gefasst, dass sogar die Verlöbnisse nur nach erfolgter Einsegnung als rechtsgiltige, aber auch der Ehe gleichgestellte μνηστεῖαι erklärt wurden, dass ferner alle über das alte Civilrecht hinausgehenden Wirkungen von Verlöbnis und Ehe an den Act der Weihe geknüpft waren, dass diese auch für die Leibeigenen gefordert wurde (18. Nov. Alexii, ao. 1095, Zach. J. G. R. III, 401, Synodalentscheidung des Patr. Nicolaus III. Gramm. Σ. III, 131, V, 444, resp. 14 Petri Chartophyl. Σ. V. 371, resp. Nicetae Mityl. Σ. V, 443, Nicephor. Chartoph. Σ. V, 400, Balsamon ad c. 85 trull. Conc. u. c. 82 C. Carthag. Σ. II, 500, III, 508, Proch. auct. tit. 34 u. a., M. P. G. 119, 1095, 1122 sq. 137, 799; 138, 302, Zach. J. G. R. VI, 295 squ.) und end-

herrschenden Rechte der Basiliken einerseits und dem Standpunkte der Kirche, sowie der davon beeinflussten Novellen-

lich mit der Goldbulle 1084 (Zach. III, 467) Kaiser Alexius I. Comn. die gesammte Jurisdiction in Eheangelegenheiten der Kirche überliess. Dies bedeutete die Einschränkung des Civilrechts auf die vermögensrechtliche Seite dieser Familienverhältnisse und die Abhängigkeit der vollen Rechtskraft derselben von der erfolgten kirchlichen Weihe (d. h. zugleich Anerkennung und Bestätigung). Von Balsamon (Beginn des 12. Jahrh.) wird besonders die Gleichstellung des benedicirten Verlöbnisses mit der Ehe auf die Bedeutung der Euchologie gegründet (Balsamon resp. 63 ad Marcum: Εἰ γοῦν ἡ μνηστεία ἤτοι ὁ ἀῤῥαβὼν ἐτελέσθη . . . μετὰ τελετῆς τῶν συνήθων ἁγίων εὐχῶν , . . ὁ γὰρ οὕτω τελεσθεὶς ἀῤῥαβὼν ἐν πᾶσι τῷ νομίμῳ γάμῳ ταυτίζεται (M. P. G. 119, 1038; 138, 958, Σ. IV, 453, cf. Balsamon ad c. 98 trull. C. Σ. II, 542, M. P. G. 137, 855, 858), ebenso treffen wir bei ihm die ersten technischen Ausdrücke für die Weihe als Eheschliessungsfactor (z. B. Balsamon resp. 63 ad Marc.: διὰ ἱερολογίας κανονικῶς συναφθῆναι, oder κληρικοὺς καλουμένους εἰς τελετὴν γάμων, ὥστε εὔξασθαι καὶ συζεῦξαι τοὺς νομφευομένους (M. P. G. 119, 1094; 138, 898, 1011, Σ. IV, 307, 495). Er ist es besonders, der in seinem Commentar, dessen weite Verbreitung hier zu betonen ist, stets den Unterschied zwischen der Consenstheorie des alten Rechtes und der Benedictionstheorie der alexianischen Reform hervorhebt. Man vgl. nur seinen Comm. ad c. 26, 37, 38, 40, 69 ep. can. Basil. (M. P. G. 138, 674, 703, 706, 711, 767. Σ. IV, 159, 181, 182, 225). Vgl. jedoch id. ad c. 80 Basil. (M. P. G. 138, 791. Σ. IV. 242). Noch präciser wird in beider Richtung die spätere Zeit, wie der stereotype Satz der Synodalentscheidung des Patr. Michael Anchialus (1169—1177) bezeugt; bei Matthaeus Blast. ist derselbe dem Balsamon zugeschrieben (Σ. VI, 182 und M. P. G. 119, 794), weil dieser sie in seinem Commentar ad NC. XIII, 2 angefügt hatte (Σ. I, 291): Οὐδὲ γὰρ ἡ συνάφεια, ἀλλ᾽ἡ τῆς εὐχῆς τελετὴ ποιεῖ τὴν μνηστείαν ὡς γάμον λογίζεσθαι. Wenn Zhishman S. 669 (cf. 154) diesen Satz als Abänderung der röm. rechtl. Sentenz: consensus facit nuptias, non concubitus interpretirt, so ist dies augenscheinlich verfehlt. Nur die Gleichstellung, nicht die Eheschliessung wird hier als Folge der Weihe bezeichnet. Dagegen findet sich in den Responsa des Bischofs Johannes Citr., Zeitgenossen des Joh. Balsamon, ein (von Zhishman S. 153 citirter) Passus, der den Standpunkt der kirchlichen Doctrin im Sinne dieser Auslegung Zhishman's präcisirt: Γάμον γὰρ οὐ λογοπραγία συνίστησιν, ἀλλ᾽οὐδὲ φανερὰ ἢ λαθραία συνάφεια (πορνεία γὰρ ἐστὶ αὕτη), εὐχῶν δὲ ἱερῶν ἐπῳδαὶ καὶ τὰ ταύτης ἀκόλουθα. Πῶς δὲ καὶ λογισθήσεται δίγαμος, ἢ ὀνομασθήσεται, ὁ μὴ γάμου πεπειραμένος, τοιούτοις προνομίοις ἐγκοσμουμένου; καθόλου δὲ τὰ τῶν συναινέσεων μόνων

gesetzgebung Leo des Weisen andererseits bezüglich des Beginnes der ehelichen Rechtswirkungen. Kaiser Leo phil. hatte zuerst (Nov. 74) nur den Effect der Unlöslichkeit, später jedoch (Nov. 89) sämmtliche Ehewirkungen an die Voraussetzung der Weihe geknüpft, die Basiliken aber hielten, wie bereits gesagt, an der Nothwendigkeit des Ehevollzugs fest. Fand somit die Benediction des Verhältnisses einige Zeit vor der traductio statt, ja vielleicht gar vor dem Abschluss der Ehepacten [1]), so war die Ehe wohl formell geschlossen, aber nicht materiell wirksam ausser in Hinsicht auf die negativen Wirkungen des Ehebandes (Unlöslichkeit, Ehehindernis, Affinität u. dgl.). Und frug man sich, welche Bedeutung eine so vorzeitige Benediction für das Civilrecht habe, so lag es näher zu sagen: dieselbe mache das

---

(ὡς ἐν κεφαλαίῳ εἰπεῖν) ἐπὶ τῇ συστάσει μνηστείας καὶ ἐπὶ γάμου λύσει, τὸ ἄπρακτον ἐκ τῶν διαληφθεισῶν νεαρῶν διατάξεων ἀπηνέγκαντο, εἰ καὶ ἐπὶ τῶν πρεσβυτέρων νομθεσιῶν τὸ κράτος ἐκήκτεντο. (M. P. G. 119, 986, Σ. V, 420, Proch. auct. I, 30 (Zach. J. G. R. VI, 23), cf. Matth. Blast. γ' c. 8, 15 (Σ. VI, 164, 180, M. P. G. 119, 1263, 1283, 1286), Pedalion, ed. Athen 1841 p. 446, Zhishman S. 78, 291 A. 4. Es wird also, „im Gegensatz zur früheren Gesetzgebung" festgestellt, dass die Weihe die Ehe schliesse, ohne dieselbe eine Verbindung Unzucht sei und der blosse Vertrag keine Giltigkeit als Eheschluss habe. Im 12. Jahrh. erscheint diese Auffassung auch in den civilrechtlichen Quellen, so dass wir ähnliche technische Ausdrücke finden wie z. B. in einem erhaltenen ψηφίσμα πολιτικῶν δικαστῶν (ao. 1195, M. P. G. 119, 894, Σ. V, 395): ἐμίγη μεθ' ἱερολογίας νομίμου. Zugleich bemerkt man, dass der Ausdruck μνηστεία öfters als Bezeichnung für geschlossene Ehe genommen wird, wie wir dies auch in einer erhaltenen Synodalentscheidung des Patriarchen Theodosius I. Borradiotes (1178—1183) praktisch angewendet finden (κόρη τις ἔλαβεν εὐχὴν μνηστείας etc. Cf. Balsamon ad c. 68 S. Basil. (Σ. IV, 223, M. P. G. 119, 795; 138, 763), Balsamon διαγώσις, (Σ. IV, 562), Demetrius Chomat. (Σ. V, 439), Zhishman, S. 201, 335. Bezüglich der Zeitangaben sehe man Zachariae, gr. r. Rg. S. 33 fg.

[1]) Ein Beispiel hievon gibt ein apokryphes Patriarchalbreve (vor 1155, nach Zachariae vor Alexius I. Comn.): Λαμπούδιος . . . διηγήσατο ὅτι ἐπὶ γαμικῷ συναλλάγματι συνέζευνται Ἄννῃ τῇ δισεξαδέλφῃ Θεοδότης τῆς αὐτοῦ μητρὸς, ἤδη πρὸ πολλοῦ μετ' αὐτῆς ἱερολογηθεὶς καὶ ἠρώτησεν, εἰ ὁ τοιοῦτος γάμος ἐπιτέτραπται ἢ μή; (M. P. G. 119, 902, Σ. V, 92, Zhishman S. 38, 245, vgl. Zachariae, Rg. S. 31).

Verlöbnis der Ehe ähnlich oder stelle es ihr gleich, vervollkommne es, — als zu sagen: die Benediction lasse aus Verlöbnis wirkliche Ehe werden. Dies war eben nur formell der Fall. Ja, genauer zugesehen, konnte man vom Standpunkte des Civilrechts (Basiliken) sagen: das, was eingesegnet werde, sei der Brautstand, die zukünftige, nicht die begonnene gegenwärtige Ehe. Diese Erwägungen mögen dazu geführt haben, dass man die Benediction als vorgeschriebene Eheschliessungsform mit der traductio als dem gesetzlichen Eintritte der ehelichen Rechte, dem Ehebeginne zeitlich verband, eine frühere Weihe jedoch als Bestärkung des bürgerlichen Verlöbnisses, als Vervollkommnung desselben (zunächst aber noch nicht als kirchliche Sponsalienform, wie Zh. irrig meint), ansah und in diesem Sinne auch vornahm. Dann erst erschien die eigentliche Benediction im Sinne der Nov. 89, 98, 112 Kaiser Leo's als Weihe und Bestätigung der schon civilrechtlich vorliegenden Ehe (τὰ συνοικέσια τῇ μαρτυρίᾳ τῆς ἱερᾶς εὐλογίας ἐρρῶσθαι κελεύομεν), zugleich war aber nur mehr ein Schritt zur Ansicht, dass gegenüber dieser eheschliessenden Benediction jede vorzeitige Weihe eigentlich als Bestätigung der Verlobung, als verlobende Benediction, als Sponsalienform erscheine.

54. Diese neue Auffassung, in der wir die Keime der späteren sog. Verlöbniseinsegnung zu erblicken haben, fand auch in vielen praktischen wie doctrinären Momenten lebhafte Unterstützung. Das günstigste Moment lag jedenfalls darin, dass sich die 74. leon. Novelle leicht zu Gunsten einer Benediction als Verlöbnisform interpretiren liess. Wenn man nämlich den Satz derselben: τὸ γὰρ μετὰ τὴν εὐλογίαν διίστασθαι, τοῦτο ἂν εἴη μνηστείας ἀληθὴς λύσις (vgl. oben S. 202) aus seinem Zusammenhange riss und ohne Rücksicht auf seine specielle Bedeutung (für die Eheschliessung Unmündiger) aussprach, ja vielleicht in corrumpirter Fassung vor sich hatte (oben S. 203 A. 1), so ergab sich, dass trotz der Einsegnung das Verhältnis Verlöbnis blieb, die Benediction daher als Sponsalienform erschien.

Eine solche Interpretation musste natürlich vor Allem der Kirche erwünscht sein. Es mochten schon in früherer Zeit bei

besonders feierlichen Eheschliessungen an die Verlobung irgendwelche kirchliche Ceremonien, priesterliche Segenswünsche sich angeschlossen haben, wie sie namentlich auch das jüdische Verlobungsceremoniell kannte [1]). Nunmehr bot sich der Kirche willkommene Gelegenheit, zunächst in der Praxis eine kirchliche Sponsalienform einzubürgern und von der Vornahme derselben die Giltigkeit des bürgerlichen Verlöbnisses für das Forum der Kirche abhängig zu machen [2]). Denn mit dem Rechte solcher Intervention gewann die Kirche eine noch grössere Jurisdiction in Ehesachen; da nämlich die eigentliche Benediction durch Leo phil. an den Pubertätstermin gebunden war, konnte die Kirche auf diesem Wege ihre Ingerenznahme auch vorher zur Geltung bringen, was bei der Sitte frühzeitiger Verlobungen und Eheschliessungen von praktischer Bedeutung für die kirchliche Disciplin war [3]). Zugleich war die Möglichkeit angebahnt, neben der staatlich anerkannten kirchlichen Eheschliessungsform auch noch eine kirch-

---

[1]) Vgl. Zhishman, S. 138, 147, 397, besonders Freisen, can. Eherecht, S. 93, 95, 132, wo auch die einschlägige mosaisch-rechtliche Literatur angeführt ist. Nach den bei Zhishman S. 693 A. 3, S. 716 A. 5 angegebenen Beispielen scheint namentlich bei Eheschliessungen im Herrscherhause eine religiöse Ceremonie schon mit der Verlobung verbunden worden zu sein. Vgl. aber Constantinus Porphyrog. de caeremoniis eccl. Byzant. l. 1 c. 39 (M. P. G. 112, 446) u. Zonares XVI, 17 (M. P. G. 134).

[2]) Vgl. hiezu Zhishman, S. 155, der jedoch anzunehmen scheint, dass ausser der den Verlobten ertheilten Euchologie die Kirche noch eine Intervention bei der Verlobung selbst beanspruchte (?). Die Novelle des Kaisers Alexius I. Comn. vom Jahre 1084 scheint eine ähnliche Praxis im Auge zu haben. Es heisst dort, dass die mehr christlich Gesinnten, welche der genaueren Lehre der Kirche folgten, zwischen Verlöbnisbenediction und Eheeinsegnung zu unterscheiden begonnen hätten (Zach. J. G. R. III, 362, Zhishman S. 144 Anm. 3).

[3]) Die Kirche scheint deswegen auch keine specielle Taxe für solche Intervention eingehoben zu haben, wie aus der Novelle des Kaisers Constantinus XII. Monomachus (1042—1054), aus dem dieselbe wiederholenden Typikon des Kaisers Alexius I. Comnenus vom J. 1086 und dem gleichzeitigen Synodaldecrete des Patr. Nicolaus III. Grammaticus hervorgeht (M. P. G. 127, 927; 119, 859, Σ. V, 60, 280, Zach. J. G. R. III, 366).

liche Verlöbnisform in das Civilrecht einzuführen, was der Kirche ja auch in gewissem Masse gelungen ist. Endlich bot die bezeichnete Interpretation der Novelle 74 Leo's des Weisen der Kirche einen nicht zu unterschätzenden Stützpunkt für ihre Lehre von der rechtlichen Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe. Denn jene Novelle erklärte die eingesegnete Verbindung als Ehe (τελείου γάμου τυγχάνουσα), somit war vom Standpunkte jener Auslegung das eingesegnete Verlöbnis auch civilrechtlich der Ehe gleichgestellt. Die Kirche konnte zur Begründung dieser Gleichstellung, welche früher auf ethische Momente zurückging, nunmehr auf die Bedeutung der bei Sponsalien und Ehe vor sich gehenden Benediction hinweisen und brachte damit nur ihr altes Princip — allerdings nun in anderer Richtung — zur Geltung: ohne Weihe keine Ehe; ein geweihtes Verhältnis war dann unlöslich, auch wenn nur ein Eheversprechen vorlag.

Es scheint jedoch diese neue Richtung im Schoosse der Kirche nicht sofort durchgedrungen zu sein, denn einmal findet sich (auch aus der Zeit unmittelbar vor der Reform Kaisers Alexius I. Comn.) kein kirchliches Zeugnis dafür, dass die Vornahme einer Benediction beim Verlöbnisse mehr als den Charakter einer blossen kirchlich begünstigten Sitte an sich getragen hätte, d. h. canonische Norm gewesen oder gar, wie Zh. meint, als canonische, durch Leo staatlich sanctionirte Norm betrachtet worden wäre. Dies gilt auch von den weltlichen civilrechtlichen Quellen. Die Novelle Kaisers Alexius I. Comnen. vom Jahre 1084, die einzige Quelle, welche überhaupt bis zu dieser Zeit einer Einsegnungsceremonie beim Verlöbnisse Erwähnung thut, bemerkt ausdrücklich, dass diese Praxis erst zu seiner Zeit sich entwickelt habe, dass nämlich — der bezügliche Passus [1]) ist schwer deutsch wiederzugeben — nicht nur die Eheschliessung, sondern auch das Verlöbnis die Euchologie

[1]) Nov. ex 1084: (Zach. J. G. R. III, 359): ἡμῖν δὲ Θεοῦ χάριτι πρὸς κοσμιωτέραν πολλῷ καὶ ἱεροτέραν ἐπίδοσιν τὰ τοῦ βίου προελήλυθε πράγματα (vgl. Nov. Leon. 89), καντεῦθεν οὐχ ὁ γάμος μόνον, ἀλλὰ καὶ αὐτὴ ἡ μνηστεία ἱερὰν εὐλογίαν ἐπιτελουμένην ἔχει παρ' ἑαυτῇ; vgl. oben S. 222 A. 1.

über sich ergehen lasse, welche als eine anticipirte eheliche Weihe bezeichnet wird (oben S. 189 A. 1 u. 222 A. 1). Dieselbe scheint nach dem Wortlaute dieser Novelle als eine Solemnitätsform aufgefasst worden zu sein, welche den Beginn der Feier des Verlöbnisabschlusses bedeutete. Dabei konnte es vorkommen, dass, wie bei der Ehe manchmal kein besonderer Ehevertrag, hier beim Verlöbnis keine civilrechtliche Verabredung stattfand, nach aussen hin also nur die kirchliche Feier vorlag.

Diese Praxis hätte nun an sich keine Abweichung vom positiven Rechte involvirt; denn da das Civilrecht keine Verlöbnisform bestimmte, sondern alles der Sitte überliess, so hatten Uebung und Gewohnheit, sowie die Forderungen der Kirche freien Spielraum. Auch war weder Begriff noch Wirkung des Verlöbnisses durch diese kirchliche Einsegnungsform tangirt. Denn als wesentliches Erfordernis hat wohl auch die Kirche dieselbe nicht gefordert. Ferner hätte die einfache Verbindung der eheschliessenden Benediction mit der traductio im Sinne der Praxis der älteren christlichen Zeit alle bisher beleuchteten Widersprüche leicht beseitigt; denn damit wäre vor allem der Gegensatz zwischen dem herrschenden Rechte der Basiliken, der 89. Novelle Leo's und der kirchlichen Lehre über das constituirende Element der Eheschliessung (hier benedictio, dort traductio) verschwunden; aber auch jene bizarre Consequenz wäre dann in der Praxis weggefallen, welche aus der Interpretation der 74. Nov. Leo's im Sinne einer Vorschrift der Verlöbnisbenediction sich ergeben musste: nämlich die Folge, dass man sodann zwei Benedictionen mit eheschliessender Wirkung gehabt und ein Verlöbnis in solch feierlicher Form nur unter Mündigen abschliessen gekonnt hätte. Erstere Consequenz vermied man in der Weise, dass, wie die Novelle des Kaisers Alexius I. Comn. vom Jahre 1084 (Zach. J. G. R. III, 362) besagt, man beide Einsegnungsceremonien zeitlich möglichst nahe aneinanderrückte, ja fast zu einem Formalacte verband. Gegen letztere Consequenz aber wehrte man sich in der Praxis, indem man die Altersgrenze einfach nicht einhielt oder durch falsche Altersangaben einfach umgieng, wie die vielfache Erwähnung von

Benedictio in unmündigem Alter, besonders aber eine uns erhaltene Beschwerdeschrift an den Kaiser Alexius I. Comn. [1]) deutlich genug bezeugt.

In der That hat nun diese gewohnheitsrechtliche Uebung, die benedictio mit den nuptiae zu verbinden, immer weitere Kreise gezogen. Das Moment der Weihe bei der Eheschliessung wurde dadurch in den Hintergrund gerückt, die Intervention der Kirche beim Verlöbnisse aber galt als blosses accessorium [2]) ohne jegliche civilrechtliche Wirkung bei allen denen, die nicht „nach der genaueren Lehre der Kirche" (κατὰ τὴν ἐκκλησιαστικὴν ἀκριβολογίαν) die 74. Nov. Leo's als Vorschrift der Verlöbniseinsegnung interpretirten.

In diese civilrechtliche Praxis trat nun Mitte des elften Jahrhunderts ein verwirrendes Moment in Gestalt der durch die Synodaldecrete des Patr. Johannes VIII. Xiphilinus (1066/67) für die Kirche ausgesprochene und durch die Bestätigungsbulle des Kaisers Nicephorus Botaniates vom Jahre 1080 [3]) für das Civilrecht acceptirte principielle Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe. Obwohl diese Decrete, wie wir noch sehen werden, zunächst nur eine allgemeine Analogisirung der Quasiaffinitätsverbote mit dem Ehehindernisse der Affinität beabsichtigten, war in denselben doch zur Motivirung dieser neuen Lehre die principielle Gleichstellung von γάμος und μνηστεία so prägnant und in so allgemeiner Sentenz zum Ausdruck gebracht, dass die ganze bisherige Verlöbnislehre in ihrer begrifflichen Basis verschoben wurde, jedenfalls in wesentlichen Punkten eine einschneidende Aenderung erfuhr [4]).

---

[1]) Zachariae J. G. R. III, 376. Σ. V, 484. Vgl. auch die Novelle ex 1084 desselben Kaisers (Zach. J. G. R. III, 362) und oben S. 194 fg., und unten S. 234 Anm. 1, ferner decr. Germani II. Const. ao. 1235 (M. P. G. 119, 802, Σ. V, 109), Zhishman S. 204.

[2]) Dieser Ansicht tritt besonders Alexius I. Comn. in den nun zu besprechenden Reformnovellen entgegen (Zachariae, J. G. R. III, 360, cit. oben S. 222 A. 1, id. III, 378 sq. bei Zhishman S. 147 A. 1).

[3]) Zachariae J. G. R. III, 340, Σ. V, 278, M. P. G. 127, 1480.

[4]) Vgl. oben S. 173. Die Synodaldecrete beziehen sich nicht nur auf die Gleichstellung hinsichtlich der Begriffe Ehebruch, Bigamie,

Wäre nämlich in diesen Entscheidungen und in ihrer civilrechtlichen Bestätigung von Verlöbnis und Einsegnung die Rede gewesen, so hätte man eine so weitgehende Wirkung eines nach Civilrecht noch nicht vollzogenen, daher nicht vollwirksamen Verhältnisses nur acceptiren können, wenn man die Einsegnung als von der traductio getrennte Eheschliessungsform und nicht als Verlöbnisform interpretirte. Da aber die Synodaldecrete von Verlöbnis im Allgemeinen sprachen, ja sogar auf civilrechtliche Sätze sich beriefen (vgl. oben S. 218), hätte die kirchlicherseits vertretene Gleichstellung von γάμος und μνηστεία auch auf das einfache Eheversprechen bezogen werden müssen. Das hätte aber eine vollständige Umänderung des weltlichen Verlöbnisrechtes bedeutet, soweit in demselben die ethische und sociale Seite des Eheversprechens positiven Normen zu Grunde lag. Kaiser Nicephor Botan. hat mit der Motivirung seiner civilrechtlichen Bestätigung dieser Synodalbeschlüsse wohl den Sätzen des Tit. Bas. I. 3 (= Nov. Just. 131) eine weitere Stütze verliehen, welche die staatliche Anerkennung der kirchenrechtlichen Entscheidungen principiell aussprachen [1], aber er ahnte wohl nicht, welche Verwirrung seine Entscheidung in der durch den wachsenden Einfluss kirchlicher Auffassung ohnehin schon unsicher gewordenen praktischen Anwendung der byzantinischen Verlöbnis- und Eheschliessungslehre hervorrufen musste. Denn nunmehr konnte die Kirche, wenn sie aus dem einfachen Verlöbnisse, im Sinne ihrer bisher grösstentheils isolirt gebliebenen Lehre von der Gleichstellung des Brautstandes mit der Ehe, eheliche Wirkungen ableitete, auf ein allgemeines civilrechtliches Gesetz des Staates sich berufen.

Affinität, sondern sprechen dieselbe ganz generell aus: τῆς νομίμου μνηστείας τοῦ γάμου τάξιν τε καὶ κατάστασιν ἐργάσῃς (oben S. 216 A. 1), und μήθεν εἶναι γάμου τε καὶ μνηστείας διάφορον, εἰς σύστασιν τοῦ θεμιτοῦ καὶ ἐρρωμένου, ferner προστέθη τὸ τῆς μνηστείας ἀμφιβαλλόμενον, εἴ γε χρή, ἐν τοῖς γαμικοῖς συναλλάγμασιν, ἔνθα συγγενείας ἐστὶ νόμος κώλυσιν ἐπάγων. ἀντὶ γάμου ταύτην νοητέον; . . . Δῆλον οὖν καὶ ἐπὶ τούτου ὡς ἀντὶ γάμου τὴν μνηστείαν οἱ νομοθεται ἔθεντο.

[1] Vgl. Zhishman. S. 21. 24 fg. Hiezu die dort übergangene l. 12 C. I. 2 und das Συνοδικὸν γράμμα des Patr. Nicolaus Grammaticus (1087) in Σ. V, 60, M. P. G. 119, 864.

δ. Die Reform Kaisers Alexius I. Comnenus.

55. Die entstandene Verwirrung war eine so grosse, der in die bisherige Verlöbnislehre des byzantinischen Rechtes hineingetragene Widerspruch ein so fühlbarer, dass schon vier Jahre später (1084) Kaiser Alexius I. Comnenus in einer Reformnovelle und nicht lange darauf (1092) in einer weiteren Ergänzungsnovelle dem unhaltbar gewordenen Zustande ein Ende machte. Diese Reform ist ein Compromiss zwischen der kirchlichen Lehre von der Gleichstellung der μνηστεία und des γάμος sowie jener von der eheschliessenden Wirkung der Benediction einerseits, und der civilrechtlichen Bedeutung des Eheversprechens und der traductio andererseits. Sie bildet den Schlusspunkt der bisher geschilderten Entwicklung des byzantinischen Verlöbnisrechts und bietet zugleich die Grundlage und Erklärung für die endgiltige Gestaltung der Quasiaffinitätslehre des kirchlichen und weltlichen Eherechtes jener Zeit auf griechischem Boden.

Wortlaut, wie logische Gliederung der ersten Novelle lassen erkennen, dass es Alexius hauptsächlich um eine Einschränkung der Geltung der bezeichneten Synodaldecrete und zur Erreichung dieses Zweckes gleichzeitig um eine definitive Regelung und Feststellung des Verlöbnisbegriffes und des Eheschliessungsvorganges handelte [1]). Um dieses Ziel zu erreichen

---

[1]) Die Novelle (Zachariae J. G. R. III, 359, Σ. I, 284, M. P. G. 104, 1179), die in späteren Quellen vielfach citirt wird (cf. Zhishman S. 145 A. 3, Zachariae l. c. A. 1), beginnt mit einer kurzen Motivirung: dem Hinweise auf die Synodaldecrete des Johannes VIII. Xiphilinus und die Bestätigungsbulle des Kaisers Nicephor Botan., welche die bisher streng geschiedenen Begriffe: μνηστεία und γάμος in einen verschmolzen hätten (τὰ διεστῶτα χωρὶς ἀλλήλων εἰς ἓν συνάπτουσα). Dies habe zu grosser Unklarheit des Verlöbnisbegriffes und zu einer der genaueren Lehre der Kirche widersprechenden allgemeinen Praxis geführt. Hierauf folgt die Feststellung des eigentlichen Verlöbnisbegriffes gegenüber der bisherigen civilrechtlichen Lehre und die Einschränkung der bezeichneten kirchlichen Decrete auf die benedicirten Verlöbnisse. Nach einer eingehenden Begründung dieser Aenderung, welche einestheils mit der im Texte erörterten neuen Interpretation der 74. Novelle Leo's des

und namentlich die civilrechtlich dem Begriffe nach unmögliche Gleichstellung zwischen Verlobung und Ehe doch möglich zu

---

Weisen, andererseits mit dem Hinweise auf die darauf eingetretene correcte und incorrecte Praxis erfolgt, stellt Alexius die bloss civilrechtliche Wirkung nicht benedicirter Eheversprechen fest und bestimmt die nunmehr einzuhaltenden einzelnen Phasen des Eheschliessungsvorganges sowie den Beginn der Rechtskraft der Novelle und die Strafen für eine eventuelle Ueberschreitung derselben. — Die Art und Weise, wie Zhishman den Inhalt der Novelle darstellt und interpretirt, ist theilweise ungenau, theilweise unvollständig. Nicht die 74. Novelle Leo's ist der Ausgangspunkt, sondern, wie Alexius ausdrücklich sagt, die unhaltbare Synodalgesetzgebung des Patr. Joh. Xiphilinus. Es muss auffallen, dass Zhishman den anfänglichen Hinweis und das oftmalige spätere Zurückgreifen des Gesetzgebers auf diese Entscheidungen vollständig ignorirt. Es erklärt sich dies aber ganz gut damit, dass Zhishman in dieser Novelle eine Stütze für seine Theorie, es sei die Verlöbnisseinsegnung schon durch Leo phil. zum Gegenstand civilrechtlicher Gesetzgebung gemacht worden, finden will und daher, um nicht inconsequent zu werden, jenen Zusammenhang ignoriren, wohl aber den Passus bezüglich der 74. Nov. Leo's aus der Mitte des vorliegenden Novellentextes herausgreifen und damit auch aus seinem Zusammenhange herausreissen muss. Aber Alexius bezieht sich auf jene Novelle Leo's stets nur bezüglich des für die Einsegnung aufgestellten Mündigkeitstermins, aber nicht bezüglich der Einführung der Verlöbniseinsegnung, noch bezüglich der Gleichstellung von benedicirten Verlöbnissen und Ehe. Erstere erklärt er im Gegentheil als eine zu seiner Zeit entstandene Sitte, letztere stellt er gegenüber einer anderen Ansicht als Folge der Benediction im Sinne der exacten kirchlichen Lehre hin. Ja, Alexius geht soweit, ausdrücklich zu constatiren, dass das gewöhnliche Volk sich nicht an den von Leo vorgeschriebenen Termin für die Einsegnung und auch nicht an die Quasiaffinitätsverbote, sondern an die ältere Gesetzgebung gehalten habe und dass nur der christlichere Theil (ἡ δὲ ἱερωτέρα μέρις) bei Interpretation der leonin. Novelle zwischen Sponsalien und Ehe und damit auch zwei Benedictionen unterschieden habe, nämlich eine Einsegnung der Verlobten (τὰς ἐπὶ τοῖς μνηστροῖς εὐχὰς πρῶτον) und eine Weihe der Ehe für die schon Vereinten (τὰς ἐπὶ τῷ γάμῳ τοῖς συναπτομένοις (εὐχὰς) ἐπάδουσα). Man vgl. auch die in der Nov. v. J. 1092 gebrauchten Ausdrücke für diese Weiheacte. Beide Ceremonien seien aber gewöhnlich vereint vorgenommen worden. Also erst die Interpretation der 74. Nov. Leo's hat zu zwei Weiheceremonien geführt: zur Benediction der beabsichtigten Ehe und zu jener der vollzogenen Ehe. Erstere Weihe aber begründete wegen Mangels der traductio nach den Basiliken (nicht

machen, ohne das alte Verlöbnisrecht aufheben zu müssen, gab es nur einen Ausweg. Es musste zwischen bürgerliche Verlobung und Eheschluss ein neuer Formalact eingeschoben werden, der civilrechtlich schon formell Eheschliessung involvirte, aber materiell nicht Ehebeginn war, der aber ebensogut als Verlobungsform mit eheähnlicher Wirkung interpretirt werden konnte und daher eine Phase des Brautstandes bewirkte, auf welche man auch civilrechtlich die kirchliche Lehre von der Gleichstellung mit Ehe anstandslos anwenden durfte. Diesen einzigen Ausweg hat Kaiser Alexius I. Comn. auch wirklich betreten, indem er eine auf das Verlöbnis folgende Weiheceremonie als Verlöbnisform mit der bezeichneten eheähnlichen Wirkung in das weltliche Verlöbnisrecht einführte.

---

aber kirchlich) nicht Ehe, sondern das Verhältnis blieb Brautstand, allerdings ein vollkommenerer, daher spricht Alexius hier stets consequent von: μνηστεῖαι, ὅσαι μετὰ τῆς ἱερᾶς εὐλογίας κατὰ τὸν ὡρισμένον καιρὸν συντελεσθεῖσαι γνωρίζονται. Die 74. Novelle Leo's des Weisen war also nicht die Sanctionirung einer schon bestehenden Sitte der Verlöbnisbenediction, wie Zhishman annimmt, sondern hat diese Sitte erst hervorgerufen, oder doch wenigstens, wie dieser Gelehrte S. 144 selbst zugibt, die Auffassung erst begründet, dass eine Benediction des Verlöbnisses civilrechtlich vorgeschrieben sei. Erst Alexius, nicht Leo phil., hat die ἱερὰ τῶν εὐχῶν ἐπῳδή (τὰς προεισοδίους τῶν γάμων εὐχάς) als civilrechtliche Verlöbnisform erklärt. Thatsächlich finden wir erst in den kirchlichen Entscheidungen der nachalexianischen Periode beide Benedictionen gleichzeitig erwähnt. Cf. Nicetas Heracleae ep. 3 (ao. 1255, M. P. G. 119, 935, Σ. V, 441), Nicetas Thessal. resp. 2 (ao. 1118, M. P. G. 119, 1002, Σ. V, 382), Johannes Camat. decr. syn. (ao. 1199, M. P. G. 119, 890, Σ. V, 103), Balsamon resp. 57 ad Marc. (ao. 1195, M. P. G. 119, 1082, Σ. IV, 481), id. comm. ad c. 37 Basil. (M. P. G. 138, 703, Σ. IV, 181) u. a. Diese letztere Thatsache wird in den späteren Quellen so oft und unzweideutig hervorgehoben, dass diese Zeugnisse allein schon genügen würden, um Zhishman's Ansicht als unhaltbar zu erweisen. Man vgl. insbes. noch Balsamon ad NC. XIII, 2 (Σ. I, 284, M. P. G. 104, 1179, 1187, 1190), id. resp. 6 und 7 ad Marc. (Σ. IV, 453, M. P. G. 119, 1038; 138, 958), Balsamon und Zonares comm. ad c. 98 Syn. trull. (Σ. II, 539 squ., M. P. G. 137, 855, 858), Johannes ep. Citr. resp. 16 (Σ. V, 419, M. P. G. 119, 983), Proch. auct. I, 8, II, 20 (Zach. J. G. R. VI, 10, 18: γίνωσκε ὅτι πρὸ μὲν τῆς βασιλείας τοῦ ἀοιδίμου βασιλέως κυροῦ Ἀλεξίου τοῦ Κομνηνοῦ ἄλλως ἐγίνοντο αἱ μνηστεῖαι), Matth. Blast. Γ, c. 15 (Σ. VI, 180, M. P. G. 119, 1283) u. v. a.

Der reformatorische Inhalt der in Frage stehenden Novelle lässt sich in wenige Sätze zusammendrängen: Als eigentliche Sponsalien seien nur die in mündigem Alter und mit der Einsegnung erfolgenden Verlobungen anzusehen. Auf diese allein seien die ofterwähnten Synodaldecrete anzuwenden, d. h. jene seien wie Ehe zu beurtheilen. Eheversprechen, die nicht diese Bedingungen aufweisen, seien als blosse Vorverträge (ὅτι σκόπον ἔχειν μνηστείας δοκεῖ τὸ πραττόμενον) zu betrachten und nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen [1]). Die auf die Benediction der Sponsalien folgende Benediction der Ehe dürfe nicht zeitlich mit ersterer zusammenfallen. Das Hauptmoment der Gleichstellung eingesegneter Verlöbnisse mit wirklicher Ehe liege in der Weihe, die kein Accessorium sei.

Diese Sätze, besonders aber die Betonung der Weihe und der dadurch bewirkten Unlöslichkeit des Verhältnisses wurden von Alexius I. Comn. in einer Ergänzungsnovelle vom J. 1092 [2])

[1]) Diese Auffassung vom Standpunkte des Vertrages entspricht der Beurtheilung des unförmlichen Eheversprechens im alten Rechte. Vgl. Zhishman S. 137, 151, 200, 399. Die μνηστεῖαι ἀτελεῖς sind nur Vorverträge (vgl. oben S. 141 Anm. die Novelle ex 1084 des Kaisers Alexius), die nach Civilgesetz zu beurtheilen sind und keine kirchlichen Wirkungen äussern: Nichtanwendung des trull. Kanons, des Ordinationsverbotes vgl. oben S. 176 A. 3 und S. 162 A. 2, ferner Balsamon resp. 7 und 8 ad Marcum (M. P. G. 119, 1038, Σ. IV, 453), Balsamon und Zonares ad c. 98 C. Trull. (Σ. II 539 squ., M. P. G. 137, 857 squ.), Matth. Blast. γ, c. 15 (Σ. VI, 180, M. P. G. 119, 1286), vgl. Zhishman S. 142, 152, 386, 392, 399. Diese δεσμοτικαὶ χαρτίαι, δεσμοὶ werden streng von den Sponsalien (ἀρραβών) unterschieden, wie wiederholt hervorgehoben wird. Vgl. insbes. Proch. auct. I, 23, 24, 29, 30, (= Balsamon ad Photii NC. XIII, 4, M. P. G. 104, 1194) 36 (Zach. J. G. R. VI, 12 squ.), Johannes ep. Citr. resp. (cf. oben S. 224 Anm., M. P. G. 119, 983, 986: οὐχ ὥστε καὶ ἀπαρτίζειν τελείαν μνηστείαν ἀλλὰ μόνον κρατύνας τὰς περὶ μνηστείας λογοποιίας ὡς ἀνθρώπων ἁπλῶς ἀρεσκείας κατησφαλισμένας ἐπερωτήτεσι), Michael Anch. decr. 4 (M. P. G. 119, 794), Elias ep. Cret. resp. ad Dionys. (M. P. G. 119, 995), Balsamon resp. 50 (48) und 65 (63) (M. P. G. 119, 1075, 1091, Σ. IV, 484, 495), cf. Nov. 72 Leon. phil. (M. P. G. 107, 579, Zach. J. G. R. III, 170), Balsamon ad NC. XIII, 2 u. c. 98 conc. Trull. (M. P. G. 104, 1171; 137, 855, Σ. II, 541), oben S. 139 Anm.

[2]) Zachariae J. G. R. III, 378 und Σ. V. 286 squ. geben den vollständigen Text. Bei Balsamon Comm. ad NC. XIII, 2 (Σ. I, 389,

noch präciser ausgesprochen und zur Vermeidung von praktischen Schwierigkeiten und Widersprüchen mit dem bisherigen Rechte bezüglich der Löslichkeit eingesegneter Sponsalien einmal die Pactirung von Conventionalstrafen ausgeschlossen und die Möglichkeit der Dispensation von den civilrechtlich festgesetzten Altersgrenzen unter Hinweis auf die 109. Novelle Leo's des Weisen neuerdings betont [1]). Schon aus den angegebenen Hauptsätzen dieser Novellen, noch mehr aber aus der jedesmaligen Motivirung lässt sich ersehen, welchen Weg Kaiser Alexius zur Vermittlung der bestehenden Widersprüche, die oben angeführt wurden, sowie zur Einschränkung der kirchlichen Lehre von der Eheähnlichkeit des Brautstandes eingeschlagen hat. Zugleich finden wir die bisherige Darstellung des Verlöbnisrechtes der nachleoninischen Periode vollends bestätigt.

Im Grossen und Ganzen stellte sich Alexius auf den Standpunkt der kirchlichen Lehre. Er erklärte vor Allem die Einsegnung nicht nur als wesentliches civilrechtliches Erfordernis vollgiltiger Verlobung, sondern entgegen der Consenstheorie des alten Rechtes ausdrücklich als eigentliches constitutives Element des Verlöbnisses im technischen Sinne und seiner weitgehenden bisher nur kirchlich anerkannten Wirkungen. Er acceptirte ferner die kanonische Lehre von der Gleichstellung zwischen Verlöbnis und Ehe, jedoch nicht in der allgemeinen Ausdehnung der civilrechtlich bestätigten Synodaldecrete des Patr.

M. P. G. 104, 1184/7), Proch. auct. I, 24 (Zach. VI, 21) und bei Matth. Blast. γ' c. 15 (Σ. VI, 180, M. P. G. 119, 1283) finden sich kürzere Auszüge. Diese Novelle wird übrigens nicht oft citirt, cf. Balsamon ad NC. XIII, 4 (Σ. 1. 301, M. P. G. 104, 1190), Johannes ep. Citr. resp. 16 (Σ. V, 419, M. P. G. 119, 983).

[1]) Die Beschwerdeschrift, welche diese Ergänzungsnovelle veranlasste, illustrirt deutlich den hartnäckigen Kampf zwischen den Anhängern der bisherigen civilrechtlichen Auffassung und dem von der Kirche vertretenen Standpunkte, auf den sich nun auch Kaiser Alexius stellte. Namentlich wird auf die Sitte der Verlobung unmündiger Kinder durch die Eltern hingewiesen und gegen den Mündigkeitstermin, wie gegen die Gleichstellung von Verlobung und Ehe remonstrirt. Auch geht aus den eingangs dort befindlichen Sätzen (Zach. III, 377, Σ. V, 284) deutlich

Johannes Xiphilinus, sondern er beschränkte sie auf den neuen technischen Verlöbnisbegriff und auf die negativen Wirkungen der Unauflöslichkeit und der Quasiaffinität. Auch diese Wirkungen werden auf die Kraft der Weihe zurückgeführt, nicht aber, wie sonst naheliegend gewesen wäre, auf den Schlusspassus der 74. Novelle Leo's des Weisen. Dagegen schloss sich Alexius jener (kirchlichen) Auffassung an, welche diese Novelle auf Verlöbniseinsegnung bezog, weil er für das ehegleiche benedicirte Verlöbnis den Pubertätstermin annehmen musste wie für die Ehe selbst und hiefür in jener Novelle eine willkommene Stütze fand. Praktisch kam es ja auf dasselbe hinaus, ob man die festgesetzte Altersgrenze auf die eheschliessende Benediction, wie Leo phil. beabsichtigt hatte, oder auf eine ehewirkende verlobende Benediction bezog.

Dem bisherigen Standpunkte des Civilrechts wurde Alexius theilweise dadurch gerecht, dass er das nicht consumirte, aber eingesegnete Verlöbnis materiell zwar der Ehe gleichstellte, aber formell nicht als Ehe, sondern als Verlöbnis erklärte, weil der eigentliche Eheschluss und die traductio als Ehebeginn noch nicht eingetreten waren. Ferner entzog Alexius die nicht benedicirten Sponsalien als reine Privatrechtsgeschäfte der Jurisdiction der Kirche, indem er für jene das alte byzantinische

---

hervor, dass man diese vorgeschobene Altersgrenze für die Verlobung (nicht für die Einsegnung als solche) erst aus der ersten Novelle des Kaisers Alexius I. Comn., nicht aber aus der 74. Nov. Kaisers Leo's des Weisen ableitete, wie Zhishman annimmt. Dies gilt auch von der Unlöslichkeit des eingesegneten Verlöbnisses, ein neues Beweismoment gegen Zhishman's Lehre, dass schon Leo's obcit. Novelle das eingesegnete Verlöbnis der Ehe gleichgestellt hätte. Leo phil. hatte eben die Einsegnung als kirchl. Eheschliessungsform im Auge. Speciell was die Nichtbeachtung der Altersgrenze betrifft, so hat die Kirche mit der Zeit einen viel strengeren Massstab angewendet, wie die von Zh. S. 200 fg. angeführten Entscheidungen des zwölften und dreizehnten Jahrh. beweisen. Vgl. auch Matth. Blast. M. c. 13 (Σ. VI, 374) und bez. des späteren Civilrechts (Proch. auct., Epanag. auct., Epitome, Peira, Synops. etc.) die Stellen bei Zach. J. G. R. I, 236, 237, II, 426, 427, IV, 223, V, 142, VI, 14, 27, 29 squ.

Verlöbnisrecht competent erklärte und so die Competenz der kirchlichen Verlöbnislehre auf die benedicirten Sponsalien einschränkte, damit aber auch beinahe illusorisch machte. Endlich beseitigte Alexius mit seiner Reform die durch die leoninischen Novellen hervorgerufene verwirrende Terminologie (μνηστεία = die durch Einsegnung geschlossene Ehe) und machte wenigstens formell dem Gegensatze zwischen kirchlicher und civilrechtlicher Lehre über Eheschliessung und Ehebeginn ein Ende.

56. Gehen wir nun auf die praktische Seite dieser Reform über, so ergibt sich zunächst, dass die Einsegnung eines Verlöbnisses eigentlich nur Bedingung der kirchlichen Anerkennung und der civilrechtlichen wie canonischen Gleichstellung desselben mit der Ehe bildete. Nicht benedicirte Verlöbnisse trugen zwar nicht den technischen Namen μνηστεία ἀληθής [1]), aber für sie galt das bisherige Verlöbnisrecht. Mit der Einsegnung des Brautstandes trat sofort Ehewirkung ein, das Verhältnis unterschied sich materiell nicht mehr von der wirklichen (eingesegneten) Ehe und es war, wie Zachariae, griech.-röm. Rgesch. S. 76 treffend sagt, „bloss mehr ein factischer Unterschied

---

[1]) Vgl. Zhishman S. 152. Die ganze Unterscheiduug zwischen benedicirten und nicht benedicirten Verlöbnissen erinnert, wie Zachariae gr. r. Rg. S. 75 A. 168 treffend hervorhebt, an die abendländische Sponsaliendistinction des Hugo a S. Victore in sponsalia de praesenti und de futuro. Noch näher scheint ihr die unsichere gratianische Distinction in desponsata simplex und sponsa velata et benedicta zu kommen. Ebenso erinnert der Unterschied zwischen μνηστεῖαι ἀληθεῖς und γάμου ἱερολογία an jenen zwischen sponsalia de praesenti und matr. consummatum der Bologneser Schule, eher noch an die Unterscheidungen des Ivo von Chartres, Stefan Tornacensis und Johannes Faventinus. Auch hier ist die desponsatio (mit der benedictio?) ein non plene legitimum matrimonium. Ich möchte diesbezüglich darauf hinweisen, dass die Errichtung der Juristenschulen in Byzanz und Bologna fast gleichzeitig erfolgte und vielleicht nicht ohne Einfluss auf die neuentstandene canonische Schule Gratians geblieben sein mag. Es wird sich zeigen, dass auch die vorausgegangene Entwicklung auf latein. Boden nicht wesentlich abweicht von der des griechischen Verlöbnisrechts, wenn man von der Einflussnahme des Staates absieht. Man vgl. hiezu auch die bahnbrechenden Untersuchungen von Freisen und Sehling (insbes. S. 53, 60 fg. 81 fg).

zwischen rechten Verlöbnissen und Ehe, dass einige Zeit nach ihrer Feier, wie der Kaiser verordnet, noch eine zweite Einsegnung und die eigentliche Hochzeit folgen". Mit anderen Worten bestand somit die Reform des Kaisers Alexius in der formellen civilrechtlichen Sanction der kirchlichen Lehre von der Gleichstellung von μνηστεία und γάμος, und im Grunde genommen darin, dass mittelst einer juristischen Fiction die Ehewirkungen auf den Moment der ersten kirchlichen Weiheceremonie anticipirt wurden und damit die eigentliche eheschliessende Benediction und die Heimführung selbst zu untergeordneten, wenn auch unerlässlichen Phasen des Eheschliessungsvorganges herabsanken. In der Praxis scheint diese letztere Auffassung thatsächlich eingerissen zu haben und bedurfte energischer Reaction der Kirche, wie die unten S. 240 Anm. 1 angegebenen Quellenstellen bezeugen.

Die Benediction war somit nur zum Scheine als wesentliche civilrechtliche Verlöbnisform aufgestellt worden, denn materiell, der Wirkung nach war sie Eheschliessung, auch wenn sie beim Verlöbnis vorgenommen wurde. Aber der Kirche war nun die Möglichkeit geboten, an die Vornahme der Einsegnung die Giltigkeit eines Verlöbnisses für ihr Forum zu binden, während das Civilrecht an diese Bedingung nur die technische Bezeichnung, die eheähnliche Wirkung und die civilrechtliche Geltung des kanonischen Verlöbnisrechts (z. B. 98. Can. Conc. Trullan., Quasiaffinität, Begriff der Bigamie, des Ehebruchs, Unlöslichkeit etc.) band.

Es ist begreiflich, dass diese Reform weder auf Seite der Civilisten noch auf kirchlicher Seite ganz befriedigen konnte. Im praktischen Leben mussten verschiedene Fragen auftauchen, welche neue Controversen hervorriefen und schliesslich dazu führten, dass beide Einsegnungsceremonien in möglichst rascher Aufeinanderfolge vorgenommen wurden [1]), so dass sie fast als

---

[1]) Vgl. darüber Zhishman S. 147 fg., 692 fg., dem ich mit Rücksicht auf das oben S. 227 u. A. 1. Gesagte nicht ganz beistimme. Denn wäre es richtig, was Zhishman S. 693 sagt, dass vor der Zeit Leo's des Phil. die Uebung herrschte, beide Benedictionen unmittelbar

ein Formalact erschienen oder dass die Verlöbnisbenediction unterlassen wurde und es sich dann um die Frage handelte, ob die blosse eheliche Benediction genüge, ob dieselbe unbedingt erforderlich sei, wenn schon das Verlöbnis benedicirt wurde und welche kirchliche Beurtheilung ein nicht benedicirtes Verlöbnis erfahre [1]). Namentlich die Kirche war mit dieser Reform nicht

---

aufeinanderfolgen zu lassen und erst später ein formeller Zwischenraum eingehalten wurde, den dann noch Alexius I. Comn. ausdrücklich vorschrieb, so wäre doch unbegreiflich, warum man Leo's 74. Novelle und die dort bestimmte Altersgrenze gerade auf Verlöbniseinsegnung und nicht auf die (damit verbundene) Eheeinsegnung beziehen sollte, da als Alterstermin für die Sponsalien noch in der 109. Nov. des Kaisers ausdrücklich das Septennium und nicht die Pubertät bestimmt erscheint. Vgl. dagegen Alexius Nov. ex 1092.

[1]) Für alle diese Fragen finden wir Entscheidungen in den späteren kirchlichen Quellen. Sie gehen alle von dem Standpunkte aus, dass wohl die Verlöbnisbenediction, nie aber die Einsegnung der Ehe fehlen dürfe. Letztere, nie aber erstere genüge allein zum vollkommenen Eheschluss; ist die Verlöbniseinsegnung ungiltig vorgenommen, so wird die nöthige Wiederholung durch giltige Ehebenediction ersetzt. Die Kirche vertritt den Standpunkt, dass benedicirtes Verlöbnis noch nicht vollständige Ehe sei, zugleich aber auch, dass das nicht benedicirte Verlöbnis eheähnliche Wirkungen äussere; letztere Anschauung konnte die Kirche schon um der ganzen vorhergegangenen Entwicklung wegen nicht aufgeben, es scheint jedoch, wie namentlich die Lehre von der Quasiaffinität noch zeigen wird, dass die Kirche sich in dieser Beziehung damit zufrieden gab, diejenigen Normen des alten Civilrechts, welche dem Civilverlöbnisse eheähnliche Wirkungen zutheilen, besonders zu betonen. Namentlich Balsamon zieht mit Vorliebe diese Sätze des justin. und byzantinischen Eherechts heran. Dadurch haben dieselben, wenigstens für das Gebiet der griechischen Kirche, eine über ihren ursprünglichen Werth weit hinausgehende Bedeutung erlangt. Zu den schon angeführten Quellenstellen sind im Sinne der vorausstehenden Sätze noch folgende Citate hervorzuheben: resp. 2 Nicetae Thessal. (M. P. G. 119, 1002, Σ. V, 383), welche sich dahin ausspricht, dass Verlöbnisweihe allein nicht genüge, obwohl durch sie die Clandestinität der Eheschliessung ausgeschlossen werde (εἰ καὶ μὴ ὡς κλεψιγαμήσας λογίζεται — ἠγνόησεν ὅτι οὐκ ἀρκεῖ αὐτῷ μόνη ἡ εὐχὴ τῆς μνηστείας πρὸς τὴν συνάφειαν). Hiezu die Entscheidungen des Patr. Theodosius I. und Nicolaus Muzalon (M. P. G. 119, 766, 795, Σ. IV, 227) unten S. 241 A. 1. War die Verlöbnisbenediction ungiltig, so bedarf es keiner Wiederholung, denn die giltig vorgenommene eheliche Weihe genügt allein: decr. Nicolai

ganz einverstanden; sie mochte wohl fühlen, dass die weltliche Gesetzgebung nur scheinbar ihrer Lehre entgegengekommen war, indem sie den Formalact der Verlöbnisweihe und die Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe acceptirte: denn war, wie schon gesagt, diese Gleichstellung vollständig, so lag eben schon mit der Verlöbnisweihe Ehe vor, die eheliche Weihe wurde zur blossen Formalität, während das der kirchlichen Jurisdiction entzogene Civilverlöbnis an Bedeutung gewann. Wir finden daher auf kirchlicher Seite den Satz ausgesprochen, dass die Gleichstellung keine vollständige sei, während die Civilisten fast allgemein für vollkommene Gleichstellung eintreten [1]).

Gramm. (M. P. G. 119, 766, Σ. I, 292, oben S. 233 A. 1); vgl. auch decr. Alexii (M. P. G. 119, 847, Σ. V, 32). Ja, nach Peira XLIX, 2 convalescirt bei Unmündigen sogar die ungiltig eingesegnete Ehe. Vgl. das oben S. 215 Anm. Gesagte. Hiezu Zhishman, S. 144, 364, 708, 709; dass dann, wie Zh. meint, die Einsegnung der Ehe zwangsweise stattfinden müsse, ist aus der Peirastelle nicht zu entnehmen, war auch nicht kirchl. Erfordernis, sondern wie aus der oben S. 215 A. angeführten Aeusserung Balsamons hervorgeht, Lehre der Civilisten. Man ersieht daraus gegenüber Zhishman, dass nach dem an citirter Stelle Gesagten die Pubertät bloss als civilrechtliche Vorschrift, nicht aber als kanonisches Erfordernis der Weihe galt. Dies entsprach ganz der früheren allgemeinen Sitte, Ehen frühzeitig einzusegnen, hiezu oben S. 195, 198, 230. Vgl. jedoch die Entsch. des Patr. Theodosius (1179) bei Balsamon ad c. 68 Basil. (Σ. IV, 223, M. P. G. 138, 763).

[1]) Vollständige Gleichstellung nehmen an: die beiden Novellen des Kaisers Alexius I. Comn. (Zach. J. G. R. III, 360, 379, 382) und Balsamon ad c. 98 C. trull. und resp. 6 ad Marc. (M. P. G. 119, 1038 = 138, 958; 137, 858, Σ. II, 542, 543, IV, 453). Meistens ist hiebei die Gleichstellung auf die materielle Wirkung bezogen; so auch bei Zonares ad c. 98 C. trull. (M. P. G. 137, 859, Σ. II, 539). Vgl. auch Zhishman, S. 146, 154, 360, 393. Manche Stellen beschränken die Gleichstellung auf die Unlöslichkeit, wie Johannes Citr. resp. (M. P. G. 119, 983, Σ. V, 420) u. Proch. auct. I, 8, 24 (= Balsamon ad Ph. NC. XIII, 4, Zach. Proch. CLXXII, CLXXVI, M. P. G. 104, 1194), cf. Balsamon ad c. 69 Basil. (M. P. G. 138, 767, Σ. IV, 227). Mit den technischen Ausdrücken einer juristischen Fiction vertreten volle Gleichstellung die Synodaldecrete des Johannes VIII. Xiphil. (oben S. 230 A. 4). Namentlich der Schlussatz des zweiten Decretes (Σ. V, 52) vertheidigt volle Gleichstellung der Sponsalien mit Ehe in

Einen definitiven Abschluss hat diese ganze Entwicklung nicht gefunden, wohl aber lässt sich aus den kirchlichen Entscheidungen entnehmen, dass die Kirche die Benediction als ausschliessliche Sponsalienform [1]) geltend machte und nur in diesem Falle ihre Normen zur Durchführung brachte, sonst aber das Civilrecht anwendete. Das Civilverlöbnis blieb neben dem benedicirten fortbestehen, doch scheint man in der Praxis die Wirkung des förmlichen Civilverlöbnisses mit jener des eingesegneten so ziemlich auf eine Linie gestellt zu haben [2]). Immer

Bezug auf Rechtsbestimmungen und Behandlung der Ehehindernisse. Vgl. Zhishman S. 604; civilrechtlich ist dasselbe Axiom ausgesprochen in l. 60 § 5 D. 23, 2, Ausnahmen hievon: l. 38 D. 23, 2, l. 10 § 1, D. 3, 2. Von nicht vollständiger Gleichstellung (ἡ μνηστεία κατὰ πάντα σχεδὸν ἰσοδυναμεῖ τῷ τελείῳ γάμῳ, τὴν μνηστείαν τόπον τελείου γάμου μὴ ἐπέχειν, τῆς μνηστείας μὴ ἀρκούσης ἀντὶ τελείου γάμου etc.) spricht eine andere dem Balsamon (oder Zonares?) angehörige Ἑρμήνεια ad c. 98 C. Trull. (M. P. G. 137, 855. Σ. II, 540), welche jedoch nicht wie die oben genannte (Cod. Bodleianus) civilrechtliche Stellen enthält, sondern mehr kirchlichen Einfluss zeigt (Citirung jüd. Rechts: oben S. 147 A.). In C. ad c. 69 Basil. (Σ. IV, 227, M. P. G. 138, 767) citirt Balsamon mehrere einschlägige Entscheidungen seiner Zeitgenossen Patr. Michael Muzalon (ao. 1147—1151, M. P. G. 119, 766, Zhishman S. 365, 393 Anm. 4), Patr. Theodosius I. (ao. 1178—1183, M. P. G. 119, 795, Zhishman S. 394), welche sich dahin aussprechen, dass benedicirte Sponsalien noch keine vollkommene Ehe begründen. Aehnlich auch ein resp. 2 Nicetae ep. Thessalon. ad Basil. (ao. 1118, M. P. G. 119, 1002, Σ. V, 383, Zhishman S. 400). Balsamon l. c. will zwar diese Patriarchalsentenzen nur auf die ehehindernde Wirkung der Affinität allein beziehen, welche man aus Verlöbnissen nicht ableiten könne, aber auch sonst wäre die dort erlaubte Ehe nach seiner Ansicht nicht unbedenklich (λέγω μὴ εἶναι ἀκίνδυνα τὰ οὕτως ἐγχωρηθέντα, cf. Zhishman S. 365). Diesen Standpunkt vertritt Balsamon auch in resp. 7. und 8. ad Marc. (M. P. G. 119, 1038 = 138, 958, Σ. IV, 453). Man vgl. endlich noch Matth. Blast. γ, c. 15 (M. P. G. 119, 1283, Σ. VI, 180, 182) u. Zh. S. 389, 400.

[1]) Bes. Balsamon resp. 5 und 6 ad Marc. (M. P. G. 119, 1038, Σ. IV, 453) und Johann Citr. resp. (M. P. G. 119, 983, Σ. V, 420) sprechen sich in diesem Sinne aus, Constantin Cabasil. (M. P. G. 119, 986) nennt ebenso die Sponsalienweihe allgemeine Sitte (ἀῤῥαβών, ἀῤῥαβωνίζειν) bei Balsamon resp. 7 (Σ. IV, 453, M. P. G. 138, 958).

[2]) Zhishman S. 398. Da Alexius die Sponsalienweihe mit den Förmlichkeiten des solennen Verlöbnisses (vgl. oben S. 141 A., 223 A.) verbindet, so dürfte in der Praxis das benedicirte Verlöbnis einfach an die Stelle

handelte es sich um den Grad der Gebundenheit der Verlobten, um die Unlöslichkeit und sonstige Wirkungen des Brautstandes. Den einen Erfolg jedoch hatte die Reform des Kaisers Alexius I. Comn. aufzuweisen, dass von nun an die Competenzsphären kirchlicher und staatlicher Normen in Fragen des Verlöbnisrechts streng geschieden erschienen und dass, wenn auch die Sponsalien noch eine res ecclesiastica blieben, die kirchliche Jurisdiction und die Anwendung der kanonischen Vorschriften nunmehr erst vom Momente der ersten Benediction an eintrat, sonst aber das bisherige Civilrecht seine volle Geltung und Anwendung behielt.

Ganz besonders kam dies zum Ausdrucke in jener Lehre, welche zur ebenbesprochenen Reform den unmittelbaren Anlass gegeben hatte, nämlich in der Lehre von der Quasiaffinität und in der Anwendung der daraus abgeleiteten Eheverbote.

ad b): α) Einleitung [1]).

57. Es wurde bereits im Eingange dieses Abschnittes (§ 40) erörtert, dass die Ableitung von Affinitäts- und Quasiaffinitätswirkungen aus dem durch Verlobung begründeten Personenverhältnisse einmal von der im Rechte entwickelten Begriffsbestimmung und Bedeutung des mit diesem technischen Ausdrucke bezeichneten Rechtsgeschäftes abhängt. Mit anderen Worten: es ist zunächst erforderlich, dass dem letzteren rechtlich eine über ein blosses pactum de contrahendo matrimonio hinausgehende, eheähnliche Wirkung zugetheilt sei. In zweiter Linie darf aber auch der rechtliche Begriff und Thatbestand der Affinität nicht so scharf und nicht in so enge Grenzen gefasst sein, dass von vorneherein ausgeschlossen wäre, auch aus einem materiell gleichgestellten oder nur ähnlichen Thatbestande dennoch die Rechtswirkungen jener, sei es im Wege einer Fiction oder Rechtsanalogie, abzuleiten.

der älteren solennen Sponsalien getreten sein, wie ja auch die nicht kirchlichen Verlöbnisse so ziemlich den Charakter und die Bedeutung des älteren einfachen Eheversprechens angenommen haben.

[1]) Vgl. oben S. 130.

Die bisher geschilderte Entwicklung hat ergeben, dass die erste Voraussetzung: ethische und rechtliche Gleichstellung von Brautstand und Ehe in der Doctrin der griechischen Kirche fast ohne Einschränkung, im byzantinischen Rechte nach der Reform des Kaisers Alexius I. Comnenus für das Civilverlöbnis in dem beschränkten Masse der vorjustinianischen Lehre, für das benedicirte Verlöbnis jedoch in voller Ausdehnung zutrifft.

Von diesem Gesichtspunkte aus wäre somit für das genannte Rechtsgebiet nicht nur die Beibehaltung der justinianischen Quasiaffinitätslehre, sondern von Seite der Kirche und theilweise auch seitens der Civilgesetzgebung eine so weite Ausdehnung der Sponsalaffinität zu erwarten, dass wir von einer vollständigen Rechtsanalogie oder von fingirter Affinität sprechen können und die daran geknüpften ehehindernden Wirkungen als Ausfluss der Gleichstellung von Brautstand und Ehe und nicht als Folge einer ethisch-socialen ratio publicae honestatis wie im ius vetus erscheinen.

Es bleibt somit nur mehr zu untersuchen, ob und in welcher Ausdehnung auch die zweite Voraussetzung im späteren byzantinischen Rechte und in der Lehre der griechischen Kirche sich constatiren lasse, d. h. ob einmal der von der griechischen Kirche entwickelte Affinitätsbegriff von jenem des weltlichen Rechtes abwich und eine derartige Ausdehnung auf den analogen Thatbestand der Verlobung vertrug und wenn ja, ob diese Ausdehnung im kirchlichen Rechte sich verwirklichte und auf welcher Grundlage sie erfolgte? Zweitens: ob die im Eingange des laufenden Abschnittes (A, 1, § 32—40) geschilderte Affinitäts- und Quasiaffinitätslehre des byzantinischen Rechtes durch den Einfluss der kirchlichen Doctrin eine Aenderung erlitten hat?

β) Affinitätsbegriff der orientalischen Kirche.

58. Die Affinitätslehre der orientalischen Kirche, die ursprünglich hinsichtlich des Schwägerschaftsbegriffes und der daraus abgeleiteten Eheverbote auf der im vorjustinianischen Rechte entwickelten Basis beruhte und in den seither bis zum sechsten

Jahrhundert unter kirchlichem Einflusse [1]) fixirten Grenzen sich bewegte, hat seit den grundlegenden Ausführungen des Kirchenvaters Basilius von Caesarea [2]) durch den 54. Kanon der trullanischen Synode (692 [3]) und im berühmten Τόμος des Patriarchen Sisinnius von Constantinopel (997 [4]) eine wesentliche Aenderung und weitgehende Ausdehnung erfahren. Die Erweiterung der Eheverbote erfolgte nach dem im 87. Kanon des genannten Kirchenvaters ausgesprochenen Grundsatze, dass jede Ehe verboten sei, welche eine Vermischung der Familiennamen (σύγχυσις τῶν ὀνομάτων) hervorrufen könnte [5]). Doch hat die Kirche sehr bald schon aus praktischen Rücksichten dieses vage Princip dahin eingeschränkt, dass sie die verbotenen Ehen nach Graden classificirte und damit das positivrechtliche Verbot vor der genannten demselben zu Grunde liegenden ratio legis in den Vordergrund stellte. Im 54. trull. Kanon wird dieses Bestreben deutlich zum Ausdruck gebracht und in mehr oder weniger

---

[1]) Hiezu oben S. 108 fg.

[2]) Oben S. 111, Zh. S. 306 fg. Freisen, l. c. S. 441.

[3]) Pitra I, 51, M. P. G. 104, 894 (Photii Synt. XIII, 2).

[4]) Σ. V, 11—19, M. P. G. 119, 727, Zh. S. 319 fg., 323, 443. Die civilrechtliche Bestätigung erfolgte durch Basilius II. und Constantinus VIII. Vgl. Zachariae, gr. r. Rg. S. 66.

[5]) Pitra I, 604: ἀμφότερα γὰρ αὐτοῖς προσαρμόσει διὰ τὴν σύγχυσιν. Vgl. den 54. Kanon der trull. Synode in d. folg. Anm. Besonders prägis der Tomus Sisinnii l. c.: Ἐντεῦθεν διοριζόμεθα, μηκέτι ἀπό γε τοῦ νῦν τοιοῦτόν τι περὶ τοὺς γάμους τολμᾶσθαι πονηρὸν πρᾶγμα, καὶ περὶ τοὺς ἐξ αἵματος ἀδικώτατον, καὶ αὐτῇ πολεμοῦν καθόλου τῇ φύσει, καὶ συγχέον ταύτην πρὸς ἑαυτήν. — Ὁ ἱερὸς καὶ μέγας Βασίλειος, ὁ καὶ τὰ βάθη τοῦ πνεύματος, κατὰ τὴν θεολόγον φωνὴν, ἐρευνῶν, οὗτος περί τινος ἀθεμίτου γάμου διαλεγόμενος, ἐπίτομον γνώρισμα δίδωσιν, ἐν ᾧ τὰ τῶν ἀθεμίτων γάμων ῥᾳδίως τῶν νομίμων ἀποκριθήσεται. Ἐν οἷς (λέγων) τὰ τοῦ γένους συγχέονται ὀνόματα, ἐν τούτοις ὁ γάμος ἀθέμιτος. Οὐ γὰρ ἑνὸν εἰστέναι πρὸς πάντα οἰκεῖον σαρκός, διὰ τὰς συνθολώσεις καὶ συγχύσεις τοῦ γένους. Diese Formulirung kehrt sehr häufig wieder, hauptsächlich wird die Namenverwirrung betont: Michael Caerul. patr.: ὡς ἐκ τούτου συγχύσεως τῶν γενῶν ἐπισυμβαινούσης καὶ τῶν ὀνομάτων συμπτώσεως (M. P. G. 119, 754). Man vgl. auch die resp. des Demetrius Comathen. u. Basilius Achriden., sowie das Syntagma des Matthäus Blast. [M. P. G. 119, 934 (Σ. V, 389), 1127, 1231, 1267 (Σ. VI, 130, 166)], endlich hiezu noch Zh. S. 306 fg.

klarer Formulirung kehren noch in sehr späten Quellen Sätze wieder, welche betonen, dass die blosse σύγχυσις ὀνομάτων nicht genüge, sondern ein positives Verbot vorliegen müsse und über die gesetzlich fixirten Grade nicht auf Grund des allgemeinen Principes allein hinausgegangen werden dürfe [1]).

[1]) c. 54 trull. Syn. (P. I, 51): Τῆς θείας ἡμᾶς οὕτω σαφῶς ἐκδιδασκούσης Γραφῆς· οὐκ εἰσελεύσῃ πρὸς πάντα οἰκεῖον σαρκός σου, ἀποκαλύψαι ἀσχημοσύνην αὐτοῦ, ὁ θεοφιλὴς Βασίλειος τινὰ τῶν ἀπηγορευμένων γάμων ἐν τοῖς οἰκείοις κανόσιν ἀπηριθμήσατο, σιωπῇ τὰ πλεῖστα παραδραμών, καὶ κατ' ἀμφότερα κατασκευάσας ἡμῖν τὸ ὠφέλιμον. Τὸ γὰρ τῶν αἰσχρῶν ὀνομασιῶν πλῆθος παραιτησάμενος, ὡς ἂν μὴ τὸν λόγον καταρρυπαίνοι, τοῖς ῥήμασι γενικοῖς ὄνομα τῆς ἀκαθαρσίας διέλαβε, δι' ὧν περιεκτικῶς ἡμῖν τοὺς παρανόμους γάμους ὑπέδειξεν· ἐπειδὴ τῇ τοιαύτῃ σιωπῇ καὶ τῷ ἀδιαγνώστῳ τῆς τῶν ἀθέσμων γάμων ἀπαγορεύσεως ἑαυτὴν ἡ φύσις συνέχεε, συνείδομεν γυμνότερον τὰ περὶ τούτου ἐκθέσθαι, ὁρίζοντες ἀπὸ τοῦ νῦν τὸν (folgen die einzelnen Verbote) ὑπὸ τὸν τῆς ἑπταετίας πίπτειν κανόνα, ἀφισταμένων αὐτῶς προδήλως τοῦ παρανόμου συνοικεσίου. Eustathius Patricius Romanus, ein berühmter byzant. Civilist des elften Jahrhunderts, dessen Entscheidungen sehr von kirchl. Einflusse zeigen, suchte eine Vereinigung zwischen Civilrecht und kirchlicher Lehre herbeizuführen. In Peira XLIX, 31 (Zach. J. G. R. I, 235) wird von ihm ausdrücklich die Nothwendigkeit eines gesetzlichen Verbotes hervorgehoben, obwohl er sonst (c. 32 ib.) das der kirchl. Doctin zu Grunde liegende Princip ganz acceptirt: c. 31: Ὅτι ὅσα μὲν τῶν συνοικεσίων ὑπό τινος νομικῆς κωλύσεως περιλαμβάνεται, ταῦτα καὶ τῆς ἐπιφυομένης τῶν ὀνομάτων συγχύσεως ἀποσειόμεθα μοσαπτόμενοι· τὰ δὲ διαφεύγοντά τινα κώλυσιν. διὰ μόνην τὴν τῶν ὀνομάτων σύγχυσιν οὐκ ἀκυροῦνται. Οὐ γὰρ αἱ προσηγορίαι καὶ κλήσεις γεννῶσι τὰ πράγματα, ἀλλὰ παρὰ τῶν πραγμάτων σχηματίζονται τὰ ὀνόματα. c. 32: Ὅτι οὐ γίνεται σύγχυσις ὀνομάτων τοῖς γενομένοις ἐκ τῶν γάμων, οὓς ὁ λόγος κωλύει. Noch ausdrücklicher wird XLIX, 27 u. 37 betont, dass die Schwägerschaft ein Eheverbot nur παρὰ τὴν τοῦ νόμου δύναμιν begründe (ἰσχναῖς ἐπινοίαις διὰ τὴν ἐντολὴν ἐνουμένη). Vgl. weiter unten S. 256 Anm. und Eustathius Patricius resp. (Σ. V, 346, 349), Zh. S. 307. Insbesondere vgl. man auch die Aeusserung des Demetrius Syncellus, ep. Cysic. Zeitgenossen des Eustathius Patr., der sich energisch dagegen ausspricht, dass auf Grund des Princips der ὀνομάτων σύγχυσις die Eheverbote über die gesetzlich fixirten Grade ausgedehnt werden (Σ. V, 354, M. P. G. 119, 1107). Auch Michael Caerularius patr. Const. (M. P. G. 119, 750, Σ. V, 42: Ὅσαι δὲ τῶν οἰκειοτήτων ἐξ ἐπιγαμιῶν τὴν σύστασιν εἰλήφοιαι, δυὸ ξένων γενῶν συνάφειαν ἐπισύρονται, ὥσπερ μετακεντριζόμεναι καὶ συμφυόμεναι ἐξ ἑτέρου γένους πρὸς ἕτερον, τὸν γάμον ἔχουσι κεκωλυμένον· οὐ διὰ θεσμὸν συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῶν νομικῶν διαταγμά-

Viel früher schon erscheint ganz allgemein der der Bibel entnommene Begriff der unitas carnis der Eheleute als lex nuptiarum überhaupt [1]) und ähnlich wie im jüdischen Rechte als begründender Thatbestand der Affinität hingestellt. Damit war insoferne ein wesentlicher Gegensatz zu der oben S. 67, 86, 89 und 109 dargestellten Auffassung des römischen und byzantinischen Rechtes geschaffen, als diese den rechtlichen Eheschluss oder den Ehevollzug (traductio, nuptiae) als solchen ohne Rücksicht auf das Moment der sexuellen Vereinigung als Grundlage der Affinität erklärt, die Kirche jedoch die Quelle der Affinität im commercium carnale allein ohne Rücksicht auf die rechtliche Seite des Eheinstituts gegeben sieht. Wir können diesen Gegensatz am besten dahin präcisiren, dass das weltliche Recht das juristische Personenverhältnis [2]), die kirchliche Lehre jedoch die physische Lebensgemeinschaft als Thatbestand der Schwägerschaft annahm [3]).

των, καὶ φωνῆς θείας εἰς ἕν ἐξ ἀρχῆς τὸ θῆλυ συναπτούσης τῷ ἄῤῥενι), ferner Basilius Thessal. antist. (M. P. G. 119, 934, 1119) und der Tomus des Sisinnius (M. P. G. 119, 727, Σ. V, 11) heben stets die positive Norm als das Massgebende hervor. Vgl. auch Zachariae, gr. r. Rg. S. 66 n. 113, 116.

[1]) Genes. II, 24 etc. bei Zhishman, S. 95 Anm. 4. Theodoret C. in ep. 1 ad Cor. VII, 4 (M. P. G. 82, 267).

[2]) Die Affinität war eine Rechtswirkung der Ehe. Mit Lösung letzterer erlosch auch jene, mit Ausnahme der durch sie begründeten ehehindernden Wirkung, welche allerdings deren Hauptinhalt bildet. Vgl. oben S. 60 fg., 72. Besonders hervorzuheben wäre in diesem Zusammenhange noch das Verbot Kaiser Zeno's (ao. 475, l. 8 C. Just. 5, 5), das sich gegen die jüd. Leviratsehe richtet (jüd. Sitte, das Eheverbot gegenüber der Frau des verstorbenen Bruders bei nicht erfolgter Consumirung bezw. Kinderlosigkeit der Ehe nicht gelten zu lassen. Vgl. diesbezüglich besonders Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 224, der dieses Rescript mit der ägyptischen Sitte probeweiser Eheschliessung in Zusammenhang bringt, dann auch Freisen, ao. S. 99, 440, Moy, Eherecht S. 210, Zh. S. 315 und oben S. 86. Hiezu noch Joh. Chrysost. hom. 48 in Matth. (M. P. G. 57, 49), Deuteronom. XXV, 5, Balsamon ad c. 79 und 87 ep. can. Basil. (M. P. G. 138, 787, 820, Σ. IV, 263), der sich besonders gegen Einfluss jüdischer Sitte wendet, Nomocan. Photii I, 3 und Nomoc. I, tit. c. 44.

[3]) Praktisch machte sich dieser Gegensatz nicht sehr fühlbar; denn die nuptiae, der rechtliche Ehevollzug als civilrechtlicher Thatbestand der Schwägerschaft fiel in der Regel mit der unitas carnis, dem phys. Ehe-

Auch diese Aenderung in der Beurtheilung des ehelichen Verhältnisses im Allgemeinen und damit in Begriff und That-

vollzug zusammen. Die in den Zeiten grösseren kirchlichen Einflusses entstandenen Codificationen des byzant. Rechtes wie die Ecloga, Epanagoge, ferner Leo's Novellen, das Rechtshandbuch Peira weisen auch vielfach Sätze auf, welche an die kirchliche Auffassung erinnern, vgl. S. 249 Anm. 2. Ein zeitlicher Zwischenraum zwischen Eheschluss und Ehevollzug ist erst mit der Einführung der Ehepacten, für das Gebiet der Kirche aber insbesondere durch die Vorschrift der Benediction als Eheschliessungsform praktisch möglich und rechtlich bedeutsam geworden. Wohl aber musste frühzeitig eine andere Consequenz sich fühlbar machen. Das Civilrecht kannte von seinem streng juristischen Standpunkte aus keine Affinität ex copula illegitima. Die vorfindlichen spärlichen Bestimmungen (oben S. 85) gehen auf eine andere ratio legis (honestas matrimonii) zurück. Nur Blutsverwandtschaft und die entsprechenden Ehehindernisse entstehen in diesem Falle. Eine einzige Stelle (Peira XLIX, 1, Zach. J. G. R. I, 222) bestimmt, dass zwar eine giltige Ehe durch affin. superveniens, entstanden aus copula illicita des Bruders mit der Schwester der Frau, nicht gelöst werde, aber dass eine Verlobung ungiltig sei, welche Jemand mit der Schwester jener Frau schliesse, die mit seinem Bruder Ehebruch getrieben. Kirchlicher Einfluss ist hier unverkennbar. Eine andere nicht civilistische Stelle, ein Scholion Balsamons ad NC. Photii XIII, 2, 5 (M. P. G. 104, 1171, 1195, Σ. I, 280, 306) über die entsprechenden leges erwähnt auch die Affinität, „welche die alten Gesetze abusiv cognatio nannten" (λέγουσι (παλαιοὶ νόμοι) καὶ ἑτέραν καταχρηστικῶς συγγένειαι τὴν ἐξ ἀχιστείας ἤτοι συμπενθερίας). Die Kirche jedoch musste von ihrem Standpunkte aus auch der aus ausserehelicher Copula entstehenden unitas carnis Affinitätswirkungen, jedenfalls ehehindernde Wirkung zutheilen. Thatsächlich hat sie diese Consequenz auch gezogen und zwar durchwegs und nicht nur ausnahmsweise. Zh., der letzteres annimmt, muss S. 366 fg. zugeben, dass die Kirche auch bei Copula illicita Schwägerschaft „im Principe" angenommen habe, während er S. 201 fg. dies begrifflich als ausgeschlossen erklärt. Vgl. auch Theodoret ep. Cyr. C. in ep. 1 ad Cor. 6, 15, Johann Chrysost. hom. 19 in ep. 1 ad Cor. (M. P. G. 57, 153; 82, 267) u. c. 9 Bas. ep. can. 1. Anderer Ansicht ist nur der Schlusspassus der von Zh. S. 369 angeführten Entscheidung des Demetrius Comathenus (ao. 1203, M. P. G. 119, 1130, Σ. V, 439), die mit Berufung auf c. 26 Basil. (ἡ πορνεία γάμος οὐκ ἔστιν, ἀλλ'οὐδὲ γάμου ἀρχή) und eine Synodalentscheidung des Patr. Theodosius (ao. 1179, vgl. w. unten § 65) den Standpunkt des Civilrechts vertritt und überhaupt gegen das Princip der Ableitung der Affinität aus der unitas carnis sich ausspricht (vgl. w. u. S. 253 Anm. 1). Die andere ebenfalls dort citirte Ent-

bestand der Affinität geht hauptsächlich auf Sätze des hl. Basilius (c. 9. 87) zurück. Veeeinzelt findet sich die unitas carnis schon früher flüchtig [1]) berührt. Besondere Betonung erfuhr diese auf jüdischer Auffassung beruhende Lehre in den Schriften des hl. Chrysostomus (unter Leo phil., Ende des neunten Jahrh.), wurde dann im cit. Tomus des Patr. Sisinnius präciser formulirt und kehrt seit dieser Zeit in den einschlägigen kirchlichen und civilrechtlichen Quellen [2]) beständig wieder.

Auf dieser neuen Grundlage entwickelte sich bald die Lehre, dass, wenn auch den Eheverboten wegen Affinität nicht das gleiche ethische Motiv zu Grunde gelegt werden könne, wie den aus der Blutsverwandschaft abgeleiteten, dennoch eine gewisse Analogie zwischen beiden angenommen werden müsse, welche eine gleich grosse Ausdehnung der entsprechenden ehehindern-

---

scheidung desselben Metropoliten steht damit nicht im Widerspruche, denn sie handelt von Blutsverwandtschaft (σαρκικὴ συγγένεια) und nicht von Affinität, wie Zh. annimmt und daher zu einer gezwungenen Erklärung genöthigt ist.

[1]) Constit. apost. I, 1, 2, VI, 2, 16, 29 (Pitra, I, 225, 321, 341).

[2]) Tomus Sisinnii (M. P. G. 119, 735, Σ. V, 16): Ὥσπερ γὰρ ἡ τῶν διὰ γάμου συναπτομένων ἕνωσις, οὐκ οἶδεν ὅλως διαστολήν, ἀλλὰ σὰρξ ἄμφω μία γνωρίζεται (ἔσονται γάρ, φησὶν, οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν)· οὕτω καὶ οἱ κατὰ γένος προσήκοντες ἑκατέροις ἀκολούθως δικαίῳ συγγενείας ἐπισυνάπτονται, καὶ εἰς μίαν ἁρμόζονται ἀγχιστείαν αἵματος καὶ οἰκείωσιν· ὡς ἐπάναγκες εἶναι τούτοις εβλαβεῖσθαι καὶ δεδιέναι σφαλερὰν τὴν εἰς ἀλλήλους γαμικὴν ἐπιμιξίαν καὶ συμπλοκήν. Οὐ γὰρ ἑνὸν εἰσιέναι πρὸς πάντα οἰκεῖον σαρκὸς, διὰ τὰς συνθολώσεις καὶ συγχύσεις τοῦ γένους. Vgl. ferner Joh. Chrysost. hom. 43. ad c. 19 Gen. v. 14, hom. in Pauli ep. ad Eph. v. 5, 28—32, Gen. II, 21, 24, lib. de non itin. conj. c. 2 (M. P. G. 48, 612; 53, 403). Von civilrechtlichen Quellen betonen die unitas carnis: Ecloga II, 12, XVII, 27 (Zach. Coll. p. 20, 47, M. P. G. 113, 502): Ἐκ τοῦ ἀνδρὸς (Θεοῦ σοφία γυναῖκα) ταύτην ἐδημιούργησεν, ἵνα τῆς ἡνωμένης σοφῶς μιᾶς ἐν δυάδι προσώπων σαρκὸς τῆς συζυγίας νομοθετήσῃ τὸ ἀδιάζευκτον; Ecloga ad Proch. mutat. III, 1, (Zach. J. G. R. IV, 73), Leonis phil. Nov. 30, 111, 112 (M. P. G. 107, 494, 643, 650, Zach. J. G. R. III, 113, 213, 216). Auch die Peira XLIX, 27, 28, 37 (Zach. J. G. R. I, 233 squ.) hebt trotz ihres civilistischen Inhaltes die un. carn. neben der gesetzlichen Norm als Quelle der Affinität hervor. Vgl. Eustathius Patr. (Σ. 341, 344) und Zhishman. S. 165, 291, 295 fg.

den Wirkung rechtfertige. Diese Analogie sei darin begründet, dass mit der unitas carnis der Eheleute auch eine reciproke Gemeinschaftlichkeit der beiderseitigen Blutsverwandten entstehe.

Diese neue Lehre, welche fast gleichzeitig im Gebiete der abendländischen Kirche durch Sätze des hl. Augustin vertreten wurde, finden wir in der griechischen Kirche im kanonischen Briefe ad Diodorum Tarsensem des Kirchenvaters Basilius, später mit Berufung auf diesen im Tomus Sisinnii, in präciser Formulirung jedoch erst bei den Canonisten und Civilisten des elften und zwölften Jahrhunderts ausgesprochen [1]).

[1]) Tomus Sisinnii (M. P. G. 119, 736, Σ. V, 17 squ.) siehe vorige Anm. Basilius ep. can. ad Diodor. Tars. (M. P. G. 104, 455, Phot. Synt. I, 3): Τὸ γὰρ· οὐκ εἰσελεύσῃ πρὸς πάντα οἰκεῖον σαρκός σου ἀποκαλύψαι ἀσχημοσύνην αὐτῶν, ἐμπεριεκτικόν ἐστι καὶ τούτου τοῦ εἴδους τῆς οἰκειότητος. Τί γὰρ ἂν γένοιτο οἰκειότερον ἀνδρὶ τῆς ἑαυτοῦ γυναικός; μᾶλλον δὲ τῆς ἑαυτοῦ σαρκός; Οὐ γὰρ ἔτι εἰσὶ δύο, ἀλλὰ σὰρξ μία· ὥστε διὰ τῆς γυναικός ἡ ἀδελφὴ πρὸς τὴν τοῦ ἀνδρὸς οἰκειότητα μεταβαίνει. Ὡς γὰρ μητέρα γυναικὸς οὐ λήψεται, οὐδὲ θυγατέρα τῆς γυναικός, διότι μηδὲ τὴν ἑαυτοῦ μητέρα, μηδὲ τὴν ἑαυτοῦ θυγατέρα· οὕτως οὐδὲ ἀδελφὴν γυναικός, διότι μηδὲ ἀδελφὴν ἑαυτοῦ. καὶ τοῦτο ἀνάπαλιν, οὐδὲ τῇ γυναικὶ ἐξέσται τοῖς οἰκείοις τοῦ ἀνδρὸς συνοικεῖν, κοινὰ γὰρ ἐπ' ἀμφοτέροις τῆς συγγενείας τὰ δίκαια (cf. oben S. 59). Eustathius Patric. Rom. (ao. 1025. Σ. V, 340 squ., Zach. Rg. S. 27, Zh. S. 293 Anm. 1), Demetrius Syncellus, Metropolit v. Cyzikus (ao. 1028/41, Σ. V, 354, M. P. G. 119, 1099, 1103, 1114, Zach. Rg. S. 28), Michael Caerularius patr. (ao. 1052, Σ. V, 42, M. P. G. 119, 750, Zach. Rg. S. 30), Theodor Balsamon (ao. 1169/93) in seiner Διάγνωσις (Σ. IV. 561, M. P. G. 119, 1202 squ.; 138, 1054, 1059, 1062, Text bei Zh. S. 294 A. 1: Οὐκ ἀνέγνωτε, ὅτι ὁ ποιήσας ἀπαρχὴς, ἄρσεν καὶ θῆλυ ἐποίησεν αὐτούς· καὶ ἕνεκεν τούτου καταλείψει ἄνθρωπος τὸν πατέρα αὐτοῦ καὶ τὴν μητέρα καὶ προσκολληθήσεται τῇ γυναικὶ αὐτοῦ· καὶ ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν· ὥστε οὐκέτι εἰσὶ δύο, ἀλλὰ σὰρξ μία· πιστεύειν ἡμᾶς καὶ ὁμολογεῖν, ἕνα σχεδὸν ὁμόψυχον ἄνθρωπον ἐν δυσὶ θεωρούμενον ὑποστάσεσιν, ὁμοζύγους διὰ τὸν γάμον λογίζεσθαι). Vgl. auch Balsamon comm. ad c. 87 Basil. (M, P. G. 138, 815, 819, Σ. IV, 263), Demetrius Comathen. resp. (13. Jahrh., M. P. G. 119, 1126, Σ. V, 438, Cod. Mon. gr. 62 bei Zh. S. 296 A. 2), besonders Matthaeus Blast. β' c. 8 (14. Jahrh., M. P. G. 119, 1235; 1238, Σ. VI, 133 squ.): Τὸ ἓν ἢ φύσει ἐστὶ ἢ θέσει· καὶ φύσει μέν, ὡς εἷς ἄνθρωπος· θέσει δὲ, ὡς ὁ ἀνὴρ μετὰ τῆς νομίμου γυναικὸς, οὓς σχέσις ἥνωσε καὶ συνάφεια σαρκική, ὡς εἴρηται· καὶ ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν. Hiezu die Ausführungen bei Zh. S. 293 fg.

59. Der geschilderte wesentliche Gegensatz zwischen civilistischer und kanonischer Affinitätslehre beruhte also darauf, dass die Kirche zwar wie das weltliche Recht den Beginn der Ehe an deren rechtlichen Vollzug, d. h. an die in der Feier der nuptiae liegende öffentliche Aeusserung der Affectio maritalis, das Entstehen der Affinität aber an ein anderes Moment, nämlich erst an den physischen Ehevollzug knüpfte. Dieser Gegensatz musste nun gegenstandslos werden, als die Kirche für ihr Forum den rechtlichen Anfang der Ehe nicht mehr mit den nuptiae, sondern mit einem an sich selbständigen, meist vorausgehenden Formalakte der Eheschliessung, mit der ehelichen Benediction zu verbinden begann. Ein weiteres Festhalten an der Copula als ausschliesslicher Quelle der Affinität würde sonst zur Folge gehabt haben, dass die Kirche der durch Einsegnung geschlossenen, aber noch nicht consumirten Ehe keine Affinitätswirkung hätte beilegen können: eine Consequenz, die sich mit dem Streben der Kirche, die Benediction als alleinige Eheschliessungsform in das weltliche Recht einzuführen, nicht vertragen hätte. Diese Betonung der Benediction als canonisch-rechtlichen Beginnes der Ehe musste vielmehr gerade ein Hervortreten des Momentes der Rechtsgiltigkeit nicht nur in der kirchlichen Beurtheilung des Eheinstituts überhaupt zur Folge haben, sondern auch seine Rückwirkung auf die canonische Affinitätslehre dahin äussern, dass man auch kirchlicherseits den Thatbestand der Affinität schon mit dem rechtsgiltigen Abschluss der Ehe gegeben sah. Der Einfluss der civilrechtlichen Lehre scheint in dieser Hinsicht ein sehr intensiver gewesen zu sein, denn wir sehen vom achten Jahrhunderte an die bekannte Affinitätsdefinition Theophils [1]) immer allgemeiner in den kirchlichen Quellen [2]) auf-

---

[1]) Vgl. oben S. 109.

[2]) Zhishman, S. 291 A. 1 führt die meisten dieser Citate an. Zu ergänzen wären: Balsamon Διάγνωσις (M. P. G. 119, 1202; 138, 1058, Σ. IV, 561), Basilius Achriden. ep. Thessal. (M. P. G. 119, 934, 1119, cf. unten S. 258 Anm.), Basilius Comathen. ep. Bulgar. (M. P. G. 119, 942), Demetrius Sync. metr. Cyzic. (M. P. G. 119, 1106), Synops. maior Γ, II, 1 u. Syn. minor A, 119 (Zach. J. G. R. V, 146 u. II, 35). Eine eigenthümliche

tauchen, obwohl dieselbe die nuptiae als solche und nicht die unitas carnis als Quelle der Affinität bezeichnet. Für diese spätere Zeit, aber nur für diese und auch hier nur in beschränktem Masse kann der Behauptung Zhishman's S. 291 (vgl. aber ders. S. 293, 295, 299, 371) beigestimmt werden, dass die orientalische Kirche die Affinität aus der rechtmässigen Ehe und zwar (im Gegensatz zur mosaisch-rechtlichen Auffassung) ohne Rücksicht auf die eheliche Beiwohnung abgeleitet habe. Daraus und aus dem früher über die Bedeutung der Benediction Gesagten erklärt sich, dass wir in den vielfachen Ausführungen der griechischen Kanonisten über das Wesen der Affinität nie die Frage aufgeworfen finden, ob auch nichtconsumirte Ehe Affinität begründe [1]). Der Unterschied von consumirt und nicht consumirt wird in der griechischen Kirche nirgends hervorgehoben, auch nicht in Verbindung mit der Sacramentalität der Ehe, wie später in der lateinischen Kirche. Ebenso begreift sich von diesem Gesichtspunkte aus, dass von dieser Zeit an eine Affinitätswirkung der copula illicita, obwohl noch c. 9 Basilii [2]) aus dieser die unitas carnis principiell entstehen lässt, unbeschadet dieses Princips nur mehr in beschränktem Masse seitens der griechischen Kanonisten angenommen wird und Eheverbote meist nur

---

Version hat Matth. Blast. (M. P. G. 119, 1227, Σ. VI, 126): Γεννικὸν δὲ ὄνομα οὖσα ἡ συγγένεια, εἰς δύο κατὰ πρώτην διαίρεσιν τέμνεται, εἵς τε τὸ φύσει καὶ τὸ θέσει. Θέσει δὲ, πενθερὸς, γαμβρὸς, γυναικαδελφὸς, θετὸς υἱός. — Τὸ δὲ θέσει ὑποδιαρεῖται καὶ αὐτὸ εἰς δὲ ἀγχιστείαν καὶ θέσιν. Καὶ ἔστιν ἀγχιστεία μὲν ἡ ἐξ ἐπιγαμβρίας συγγένεια etc. Vgl. oben S. 250 Anm.

[1]) Man vgl. dagegen speciell eine Stelle bei Balsamon ad c. 69 Basilii (M. P. G. 138, 767, Σ. IV, 227), welche zwei negative Entscheidungen der Patr. Theodosius und Nicolaus Muzalon (vgl. oben S. 242 Anm. u. unten § 65) betreffend Entstehens von Affinität und Bigamie durch das Fehlen der συνάφεια erklärt: Ταῦτα δὲ οὕτω διεγνώσθη διὰ τὸ μὴ λαληθῆναι καὶ γενέσθαι συνάφειαν μέσον τῶν μνηστήρων· Εἰ γὰρ γέγονε συνάφεια, οὐκ ἂν διεγνώσθη τοιοῦτόν τι, ἵνα μὴ προφανὴς αἱμομιξία καὶ ἀθέμιτος γάμος ἐγχωρηθῇ. Ὅπου γε καὶ συναφείας μὴ γεγονυίας λέγω μὴ εἶναι ἀκίνδυνα τὰ οὕτως ἐγχωρηθέντα συνεργουμένῃ καὶ τῇ τοῦ παρόντος κανόνος δυνάμει. Unter συνάφεια kann hier nur phys. Lebensgemeinschaft verstanden sein.

[2]) ed. Pitra, I, 583.

in Anlehnung an exceptionelle Sätze des alten Civilrechts [1]) daraus abgeleitet werden.

Mit dem Hervortreten der Weihe mag endlich auch die Erwägung Platz gegriffen haben, dass der Begriff der unitas carnis nicht so sehr im technischen Sinne physischer Geschlechtsvereinigung zu nehmen sei, sondern vielmehr in der weiteren Bedeutung voller Lebenseinigung, wobei auf das geistige und sociale Moment (unitas spiritus, unitas personae [2]), namentlich aber auf das in der ehelichen Gemeinschaft verwirklichte Symbol der Vereinigung Christi mit der Kirche das Hauptgewicht zu legen sei [3]). In der Periode, die der Codification der Basiliken

---

[1]) Oben S. 85, S. 247 Anm. 3 und Zh. S. 367 fg. Hiezu bes. Matthaeus Blast. β c. 8 (M. P. G. 119, 1230, Σ. VI, 129): περὶ τῶν ἐκ πορνείας γενομένων und die schon erwähnte Aeusserung des Demetrius Comathen. ep. Bulg. (oben S. 247 Anm. 3): οὐ κωλυθήσεται καὶ ὁ πορνικῶς συναφθεὶς γυναικὶ λαβεῖν εἰς γυναῖκα νόμῳ γάμον τὴν διεξαδέλφην αὐτῆς· ὅτι μηδὲ γάμον εἶναι τὴν πορνείαν, μηδὲ γάμου ἀρχήν, ὁ μέγας γνωματεύει Βασίλειος, ἀλλ'ἁμάρτημα ἐπιτιμίοις ἐκκλησιαστικοῖς ὑποκείμενον etc.

[2]) Vgl. oben S. 30 Anm. 1 über die rechtliche Stellung der altrömischen uxor. Dieser unitas personae thut auch Demetrius Com. l. c. Erwähnung: Ἄλλως τε δὲ, καὶ ἐκ τῆς τοῦ γένους σειρᾶς τῶν βαθμῶν εἰωθότων γεννᾶσθαι, ἑκάστης γεννήσεως κατὰ τοὺς νόμους ἕνα βαθμὸν ἀποτελούσης, ἐξ ἀνάγκης ὁ ἀνὴρ καὶ ἡ γυνὴ, ἢ ὡς πατὴρ καὶ θυγατὴρ λογισθήσονται, ὡς ἂν δηλαδὴ ὑπὸ βαθμὸν ἕνα γένωνται etc. Vgl. auch Johann. Chrysost. hom. 20 in ep. ad Eph. (M. P. G. 62, 141).

[3]) Man versuchte auf diese Weise namentlich gegen die kirchlich eingebürgerte Ansicht anzukämpfen, es seien wegen der unitas carnis die Ehegatten als unus gradus zu zählen, und behauptete, diese Einheit gelte nur in geistigem Sinne und berühre die Zahl der Personen und Grade nicht (λέγουσι εἰς ἕβδομον βαθμὸν καταντᾷν τὴν τοῦ συναλλάγματος ποίησιν, διὰ τὸ πρόσωπα δύο καὶ ἀκολούθως δύο βαθμοὺς καθίστασθαι τὸν Δημήτριον μετὰ Μαρίας τῆς ἀποιχομένης συζύγου αὐτοῦ, κἂν τῇ ὁμονοίᾳ καὶ τῇ στοργῇ σάρξ μία λογίζωνται. — Φασί τινες τὴν φωνὴν τοῦ Κυρίου τὴν λέγουσαν, καὶ ἔσονται οἱ δμόζυγοι σὰρξ μία, μὴ ἐκλαμβάνεσθαι πρὸς ταυτότητα, ἀλλὰ πρὸς στοργὴν καὶ ὁμόνοιαν). Gegen diese offenbar öfter geltend gemachte Auslegung, welche, wie es scheint, nicht allgemein durchdrang, spricht sich namentlich Balsamon in seiner oftcit. Διάγνωσις aus. doch lässt auch er die Einheit der Ehegatten nicht aus der unio carnalis entstehen, sondern führt sie ausschliesslich auf den biblischen Ausspruch zurück. Die in-

folgte, scheint gegenüber der älteren kirchlichen (eigentlich mosaisch-rechtlichen) Auffassung der Einfluss der civilrechtlichen Lehre, unterstützt durch die ebengenannte abweichende canonische Doctrin, dazu geführt zu haben, dass man auch in der Kirche die Quelle der Affinität weniger in der Lebensvereinigung der Ehegatten selbst, als richtiger in der durch die Ehe hervorgerufenen ethisch-socialen Annäherung zwischen den Angehörigen der beiderseitigen Familien sah und demgemäss auch die entsprechenden Eheverbote in der gebotenen Rücksicht auf solche Familienbeziehungen (veneratio adfinitatis) begründet fand [1]).

---

teressante, sehr sophistische Begründung lautet im wesentlichen: Ἄραρε τοίνυν λέγειν ἡμᾶς, μήτε πρὸς δύο βαθμῶν οἰκειότητα τοὺς ὁμοζύγους ἀνάγεσθαι (πῶς γὰρ, οἱ μὴ τὴν αὐτὴν ἐσχηκότες ῥίζαν καὶ γέννησιν, καὶ διὰ τοῦτο μηδὲ φυσικῶς διαιρούμενοι;) μητ' οὖν ἑνὸς γενέσθαι βαθμοῦ διὰ τὴν ἔνσαρκον ἕνωσιν, καὶ συγχυθῆναι κατὰ μελίκρατον. Πῶς γὰρ; Σωζομένων ἀδιαπτώτων τῶν ὑποστάσεων; Διὰ δὲ τὴν θείαν καὶ σωτηριώδη φωνὴν τοῦ Κυρίου, καὶ Θεοῦ καὶ Σωτῆρος ἡμῶν Ἰησοῦ Χριστοῦ, τοῦ εἰπόντος πρὸς τοὺς ἐρωτήσαντας αὐτὸν μαθητὰς, εἰ ἔξεστιν ἀνθρώπῳ ἀπολῦσαι τὴν γυναῖκα αὐτοῦ καὶ ἐπαγαγόντος ταῦτα ῥητῶς· (folgt die oben S. 250 Anm. 1 cit. Stelle). — Τούτων οὕτως ἐχόντων καὶ τῶν Θεογράφων πλακῶν λεγουσῶν· Οὐκ εἰσελεύσῃ πρὸς πάντα οἰκεῖον σαρκός σου ἀποκαλύψαι αἰσχύνην αὐτοῦ· καὶ τοῦ προπάτορος ἀποκρινομένου ἑτέρωθεν· Νῦν καὶ μᾶλλον ἡ γυνή μου ὀστοῦν ἐκ τῶν ὀστῶν μού ἐστι, καὶ σὰρξ ἐκ τῆς σαρκός μου· οὐ τολμῶ τοὺς ὁμοζύγους εἰπεῖν ἄλλης καὶ ἄλλης εἶναι σαρκὸς, κἂν ἐν δυσὶν ὑποστάσεσιν αὐτοὺς θεωρῷ· ἵνα μὴ δικαίως κατακριθῶ κατὰ τοὺς ἀθετοῦντας ἐγγράφους καὶ ἀγράφους παραδόσεις τῶν ἁγίων Ἐκκλησιῶν καὶ τῆς σωτηρίας ἡμῶν τὸ ἐχέγγυον. Διαγινώσκω δὲ μᾶλλον μίαν σάρκα τούτους λογίζεσθαι καὶ τοῖς αὐτοῖς στενοχωρεῖσθαι τὸν ἄνδρα νομικοῖς καὶ κανονικοῖς παραγγέλμασιν, ὅσον τέως εἰς συνάφειαν γαμικὴν, οἷς καὶ ἡ τούτου στενοχωρεῖται ὁμόζυγος· ὥσπερ καὶ τὸ ἀνάπαλιν. Auch Demetrius Comathenus l. c. gibt die θεία ἐντολή als Quelle der Einheit der Ehegatten und damit der Affinität an. Vielfach findet sich in diesen Canonisten civilrechtliche Lehre und kanonisch-biblische Auffassung sehr widerspruchsvoll vermengt. Vgl. hiezu auch die einschlägige Bemerkung bei Origines C. in Matth. t. XVI (M. P. G. 13, 1590).

[1]) Inst. 1, 10 § 6, hiezu Theophili paraphr. l. c., l. 1 Bas. 28, 5, Eustathius Patric. (Σ. V, 352); Demetrius Syncellus (Σ. V, 358, M. P. G. 119, 1106) sagt hierüber: Ἀκόλουθον δὲ προσθεῖναι καὶ τὰ ἐξ ἀγχιστείας παρὰ τοῦ νόμου πρὸς γάμου κοινωνίαν κωλυόμενα πρόσωπα,

Ende des 10. Jahrhunderts wurde im Tomus des Patriarchen Sisinnius (997) diese neue Begründung mit dem viel besprochenen klassischen Ausspruche Modestins (l. 42 D. 23, 2) identificirt und damit das civilrechtliche Moment der honestas matrimonii auch für das Forum der Kirche zur Motivirung aller weitergehenden Eheverbote wegen Affinität verwendet [1]). Vom elften Jahrhunderte an kehrt der Hinweis auf die bezeichnete regula iuris und auf das Erfordernis der honestas matrimonii sowohl in Civilrechtsquellen [2]), wie in den Entscheidungen und responsa

ἀφ' ἧς οὐδὲ συγγένειαν εἶναι ὁ νόμος ἀνέχεται (folgt civilrechtliche Affinitätsdefinition). Ἀλλ' ὅμως πολλὴν κανταῦθα τοῦ σεμνοῦ τιθέμενος πρόνοιαν (folgen die einz. Affinitätsverbote des just. Rechts); vgl. oben S. 109 Anm. 1 und Zh. S. 292.

[1]) Vgl. oben S. 95, 126 Anm. 2 u. 3. Unrichtig Zhishman S. 305, 306 Anm. 2, 318, 320, 334, 340.

[2]) Vgl. oben S. 126 und Anm. 2. und 3; die genannte regula iuris findet sich ausserdem noch in Ecloga ad Proch. mutata II, 7 (Zach. J. G. R. IV, 66), Epanag. aucta XV, 17, 18, (Zach. Coll. 112), Syn. maior. (Zach. ed. V, 147), Syn. minor Γ, 11 (Zach. ed. II, 52): ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον, ἤγουν τὸ συγκεχωρημένον καὶ μὴ κεκωλυμένον ζητεῖται, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπές, τουτέστιν τὸ εὔσχημον καὶ σεμνόν (Michael. Attaliata XIX, 26), Epitome XXII, 21, 23 (Zach. ed. J. G. R. II, 423), wo sich auch die Sätze des Prochiron VII, 11, 12, 20 etc. (oben S. 126 Anm. 2 u. 3) wiederfinden, meist auch ebenso die S. 126 citirte Sentenz des Paulus. Wie man diese Motivirung civilrechtlich verstand, ergibt das Scholion ad c. 197 Bas. 2, 3 (ed. Heimbach, I, 81): Ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον εἴ τι ἔξεστι, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπὲς ζητοῦμεν. Schol.: Licet fratribus duas consobrinas ducere, sed honestum non est. Nam soror uxoris meae vocat me maritum sororis vel maritum consobrinae; ferner ein Scholion ad Synopsis major Γ, II, 6 (Modestin, Zach. J. G. R. V, 146 a). Man vgl. dazu die Bemerkung Balsamons in seiner Διάγνωσις (M. P. G. 119, 1210, Σ. IV, 561): Ἀποδέχομαι δὲ καὶ τοὺς κωλύοντα τὸ τοιοῦτον γαμικὸν τοῦ Δημητρίου συνάλλαγμα διὰ τοὺς νόμους τοὺς λέγοντας· ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐφειμένον, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπὲς ζητητέον· κατανοῶν ἀπρεπέστατον εἶναι, τὸν μέχρι τοῦ νῦν γαμβρὸν παρὰ τῆς δισεξαδέλφης λεγόμενον, ὁμόζυγον αὐτῆς ὀνομάζεσθαι. Besonderes Interesse verdienen die wiederholten Ausführungen der Peira über den Begriff des τὸ εὐπρεπές ἐν τοῖς γάμοις und den Unterschied eines γάμος ἀπρεπής von γάμος ἀθέμιτος: XLIX, 33 (Zach. J. G. R. I, 235): Βι κη' τί ε' (Bas. 45, 2, 6): Ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπὲς ζητοῦμεν. Οὗτος δὲ ὁ νόμος οὐ τοῖς δικάζουσι ὕλην χορηγεῖ ζητοῦσι, ποῖος ἐκ τῶν

der einzelnen Patriarchen und Bischöfe in constanter Weise wieder. Aber wie bereits oben S. 126 für das byzantinische Civilrecht constatirt wurde, handelt es sich, namentlich in der kirchlichen Terminologie, nicht mehr um die specifische Motivirung der Eheverbote wegen nachgebildeter Affinität, wie im justinianischen Rechte (oben S. 81 fg., 96), sondern um eine ganz allgemeine zusammenfassende Bezeichnung für die ethisch-sociale Grundlage aller jener Eheverbote, welche nicht auf der Blutseinheit und der dadurch gegebenen instinctiven Abneigung, sondern auf blosser gesetzlicher Norm beruhen. Für alle derartigen Prohibitivnormen stellt die griechische Kirche nunmehr seit dem Tomus Sisinnii das ζητεῖν τὸ εὐπρεπές als leitendes Princip auf und zwar nicht nur für Verbote in der wirklichen oder

---

κειμένων νόμων περὶ γάμων (κεκωλυμένων) καὶ ἐπιτετραμμένων εὐπρεπής ἐστι καὶ σεμνὸς καὶ ποῖος οὐχί, καὶ τὸν μὲν δέχεσθαι, τὸν δὲ κωλύειν. Καὶ πῶς ἄν τις τοῖς ἐπιτετραμμένοις τὸ ἁρπρεπὲς ἢ ἄσεμνον προσεῖναι εἴποι, ἢ πῶς ὁ νομοθέτης οὐκ ἐξεφυλοφόησεν ἐκ τοῦ νομικοῦ συντάγματος τοὺς ἁρπρεπεῖς καὶ ἀσέμνους γάμους, ἀλλ' ἕτεροις περὶ τῶν αὐτῶν καὶ ζητεῖν ἀφῆκεν; οὐκ ἔστι τοῦτο, ἀλλὰ κωλύσει βουληθεὶς ὁ νομοθέτης καὶ ἐκ τῶν ἐπιτετραμμένων γάμων τινάς, οἳ μὴ συγγενείας αἵματι κωλύονται, ὡς ἁρπρεπεῖς, τὸν τοιοῦτον νόμον ἐξεφώνει. Hienach wird überhaupt jedes Eheverbot, das nicht auf Blutsverwandtschaft beruht, auf die ratio honestatis zurückgeführt. Dem entsprechend sagt c. 13 ib. bezüglich der Ehe mit der Schwägerin: Οὐκ ἐκρίθη ἀθέμιτον συστῆσαι γάμον, ἀλλ' ἁρπρεπῆ. Ἀθέμιτον γὰρ τὸν γάμον ἐπὶ τῶν ἐκ τοῦ αὐτοῦ αἵματος ἐχόντων τὴν συγγένειαν κεκανόνισται, ἐπὶ δὲ τῶν ἐξ ἀγχιστείας κώλυσιν ἐπί τινων προσώπων θεματίζει λέγων (folgt Bas. 28, 5, 1: εἰσὶ δὲ etc.), ἀλλ' οὐδὲ κεκωλυμένος ἐκρίθη ὁ τοιοῦτος γάμος· ὅτι ὁ νόμος ἀπαρίθμησιν ποιεῖται τῶν ἐξ ἀγχιστείας κεκωλυμένων καὶ ἔξωθεν τούτων εὑρίσκεται τὰ συμφωνηθέντα πρόσωπα. Φησὶ γὰρ βι, κη τί ἑ κεφ γ (fehlt in den Basilikenausgaben), εἰ δὲ λέγει τις ὅτι ἁρπρεπής ἐστιν ὁ γάμος, ἀλλ' ἐκ τούτων οὐ δύναταί τινα ἐπαγαγεῖν τιμωρίαν τοῖς συναφθεῖσι, τὸ γὰρ μὴ ἐκ τοῦ νόμου ῥητῶς εἰργόμενον, οὐκ ἔχει τινὰ κώλυσιν καὶ τιμωρίαν, ἀλλὰ διὰ τὸ ἁρπρεπὲς μόνον διάστασιν. Vgl. Zh. S. 318. Die Folgen eines γάμος ἁρπρεπής sind somit nicht so schwer wie jene eines γάμος ἀθέμιτος, cf. Peira XLIX, 18 (Zach. J. G. R. I, 229): Ὅτι ἐπὶ τοῦ κεκωλυμένου γάμου διὰ τὸ ἁρπρεπὲς οὐ παρακρατεῖται ἡ προῖξ τῆς γυναικός. Man vgl. zu dieser Anm. noch die Aeusserung des Civilisten Eustathius Patricius Rom. weiter unten § 62.

nachgebildeten Schwägerschaft, sondern auch für die weitergehenden Grade der Blutsverwandtschaft, wie auch für exceptionelle Verbote ähnlich jenen, die schon das ius vetus aus Rücksicht auf andere sociale Familienbeziehungen, die Standesehre oder die öffentliche Sicherheit aufgestellt hatte. Die griechischen Commentatoren namentlich benützten die vage regula iuris Modestins als bequemes Auskunftsmittel, um Eheverbote, für welche sich gar keine oder nur eine zweifelhafte innere Motivirung finden liess, als Ausfluss eines allgemeinen Princips hinzustellen und auf diese Weise plausibel zu machen [1]). Damit

[1]) In welch auffallender Ausdehnung man den Satz Modestins kirchlicherseits zu dem erwähnten Zwecke verwendete, möge die folgende durchaus nicht erschöpfende Zusammenstellung einigermassen darthun. Die Betonung des Momentes der honestas matrimonii seitens der Kirche geht, wie bereits oben im Texte gesagt, auf den Tomus des Patr. Sisinnius (997) zurück, wo die hon. matr. als Grundlage der Familie, als erste Sorge des Gesetzgebers erklärt wird (M. P. G. 119, 731, Σ. V, 13: Θεῖοι μὲν γὰρ κανόνες καὶ νόμοι πολιτικοὶ — ἐπεὶ ῥίζαν καὶ ὁποβάθραν τοῦ γένους καὶ τῆς ἡμετέρας φύσεως ἐργαστήριον, τὸν σεμνὸν γάμον ᾔδεσαν ὄντα — παντοίαις λόγων φοραῖς καὶ εἰσηγήσεσι κατωχύρωσαν, μακρὰν τοῦ νομίμου γάμου τὸν ἀθέμιτον διαστέλλοντες, ἢ καὶ τὸν σεμνὸν ἐκκρίνοντες, καὶ τοῖς κατ'αὐτὴν ἤδη τῆς φύσεως ἀνάγκην τὸν ἐπίζυγα βίον ἀσπαζομένοις παραινοῦντές εἰσιν ἐπὶ τοῦτον καὶ εἰσηγούμενοι, τὸν δὲ ἀπωθεῖσθαι τούτους πείθοντες τῆς ἑαυτῶν συζυγίας καὶ ἀποτρέπεσθαι παντοίως). Als civilrechtlicher Beleg erscheint hier zum ersten Male die Regel Modestins wiederholt verwendet und damit auch das von Basilius angeregte Moment der σύγχυσις ὀνομάτων in Verbindung gebracht (τὸ δὲ τοιοῦτον ἄτοπον τῷ τοῦ γάμου σεμνῷ καταχωρηθὲν ὁρίζον τὴν φύσιν ἐλάνθανε). Die Gesetzgeber hätten diese allgemeinen Sätze aufgestellt, um nicht jede einzelne verbotene Ehe nennen zu müssen (τοὺς τοίνυν ἀθεμίτους τῶν γάμων, τοὺς νόμους οἱ γεγραφότες, τοὺς μὲν ὀνόμασι ῥητοῖς διέστειλαν, τοὺς δὲ τῷ τῆς ἀκαθαρσίας ὀνόματι διαλαβόντες γενικῶς, ἀφῆκαν καὶ παρησιώπησαν· τοῦ σεμνοῦ παντοίως φροντίζοντες, ib. p. 735). Ausdrücklich hebt Patr. Michael Caerularius (ao. 1052/59, Σ. V, 42, M. P. G. 119, 754) rühmend hervor, dass der genannte Patriarch Sisinnius zuerst auf diese Begründung verwiesen habe (πανταχοθὲν τὸ σεμνὸν καὶ τίμιον συλλεξάμενος οὐκ ὤκνησε τῶν συνοικεσίων ἀκριβεστάτην τάξιν ἐκθεῖναι καὶ τόμον νέον περὶ τούτων συγγράψασθαι). Doch bemerkt er, dass schon die alte Gesetzgebung über den vierten Grad hinaus die honestas matrimonii als allgemeines Motiv der Eheverbote wegen Verwandschaft gekannt habe (τῶν δ'ὑπερβαινόντων τὸν ἕκτον ὅρον

hatte die ratio honestatis ihre frühere specifische Beziehung und Bedeutung verloren und war zur generellen Basis der Mehrzahl

---

θεμιτὴν τὴν συνάφειαν ἡγεῖσθαι· ταὐτὰ τοῖς πάλαι νομοθέτῶν νομοθέτας, καὶ κανονίζων ἱεροπρεπέστατα· καὶ μᾶλλον πλέον τούτων ἐξ ἀγχιστείας περιστέλλων καὶ συσφίγγων γάμον. Ὅγὰρ ἐκεῖνοι μέχρι τετάρτου ἔστησαν βαθμοῦ, ἢ διὰ τὸ εὐπρεπὲς ἀπειρήκασιν εἰπόντες οὕτως· (folgen die einzelnen Civilverbote wegen Affinität) οὗτος ὁ σοφὸς τὰ θεῖα πατριάρχης, μηδὲ ταῦτα ἢ τἄλλα νομικὰ κωλύματα παριδών, ἀλλὰ καὶ τὰ μέχρις ἕκτου βαθμοῦ κωλύσας ἐπεκτεινόμενα ἐν τούτῳ μόνῳ τὸ κωλυτικὸν ἔθετο ὅριον). Auf diese zwei Quellen stützen sich die meisten folgenden Schriftsteller, die sich näher mit den Verwandschaftsverboten beschäftigen. Nur werden in denselben die Lehren des Basilius, sowie das Moment der unitas carnis, gegen die spätere Zeit hin auch die civilrechtliche Doctrin und deren Affinitätsdefinition mehr oder weniger herangezogen. Bei Basilius Achriden. Thessalon. ant. ao. 1150, M. P. G. 119, 934, 1119) ist sogar S. Basilius als Autor der cit. Rechtsregel Modestins bezeichnet (ἐκεῖνα γὰρ κεκωλυμένα λέγονται, καὶ ἄθεσμα καὶ παράνομα (cf. Balsamon ad c. 27 Basil., M. P. G. 138, 677, Synopsis minor, Γ, 46, Zach. ed. J. G. R. II, 59), ἐν οἷς τὰ τοῦ γένους συγχέονται· Τοῦτεστι, εἰ θεῖός ἐστι, συνοικήσει τῆς γυνοικὸς κινδυνεύει ἀνεψιὸς λέγεσθαι τῷ λόγῳ τῆς πρὸς τὴν γυναῖκα συναρμογῆς. Καὶ αὖ πάλιν εἰ γυναικαδελφός ἐστι, συμβαίνει τυχὸν λέγεσθαι σύγγαμβρος· καὶ ἄλλ'ἅττα τοιαύτη ἡ σύγχυσις καὶ τὸ ἀπρεπές. Κατὰ γὰρ τὸν θεοφύλακτον μέγαν Βασιλέα· ἐν τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετράμμενον ζητοῦμεν, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπές· Καὶ ἑτέρωθε ὁ αὐτός· ἐν οἷς τὰ τοῦς γένους συγχέονται, ἐκεῖθεν ὁ γάμος ἀθέμιτος. Ὅτι γοῦν οὔτε τις ἀπρέπεια ἐνταῦθα ἀνακύπτει, οὔτε τοῦ γένους σύγχυσις, ἔνθεσμος ὁ τοιοῦτος γάμος καὶ ἔννομος καὶ ἀκώλυτος. Ἀγχιστεία δέ ἐστι, κατὰ τὸν νομοθέτην, οἰκειότης πρωσώπων ἐκ γάμων ἡμῖν συνημμένη, συγγενείας ἐκτός). Nach Demetrius Comath. archiep. Bulgariae (Zeitgenosse Balsamons, 13. Jahrh.: M. P. G. 119, 939, 942, Σ. V, 438) erklärt in einem Aufsatze περὶ βαθμῶν συγγενείας, dass der siebte Grad der Blutsverwandschaft in der Kirche seit einer Entscheidung des Patr. Lukas Chrysoberges (M. P. G. 119, 770) ein Eheverbot constituirt hätte, weil eine solche Verbindung nicht ehrbar sei — und führt die Verbote im 5. u. 6. Grad der Affinität ebenfalls auf dieses Motiv (und Patr. Sisinnius) zurück (ἡ δέγε συνωδικὴ διάγνωσις ἡ ἐπὶ τῆς ἐφημερίας γενομένη τοῦ ἁγιωτάτου ἐκείνου πατριάρχου κυρίου Λουκᾶ, ὡς ἀισχρὸν καὶ ἄσεμνον καὶ τοῦτον τὸν ἕβδομον βαθμὸν, διὰ τὴν τῶν πρωσώπων ἐγγύτητα, τοῖς ἀπηγορευμένοις καὶ ἀποτετραμμένοις ἐνέκρινε καὶ τῆς τῶν Χριστιανῶν πολιτείας ἐξέκοψεν. — Ὥσπερ δὲ ἐν τοῖς ἐξ αἵματος βαθμοῖς ὁ ἕβδομος βαθμὸς (ὡς ἄνωθεν εἴρηται) διὰ τὸ εὐπρεπὲς καὶ σεμνὸν κεκώλυται ὕστερον· οὕτω καὶ ἐν τοῖς ἐξ ἀγχιστείας ὁ πέμπτος καὶ ὁ ἕκτος μετὰ ταῦτα παρὰ τοῦ ἐν ἁγίοις πατριάρχου Σισιννίου ἐπετι-

kirchlicher Eheverbote, zur technischen Bezeichnung des denselben zu Grunde liegenden ethisch-socialen Momentes geworden.

μήθη). Jedoch bereits Demetrius Sync. Metrop. Cyzic. (ao. 1028/41, M. P. G. 119, 1098 squ., Σ. V, 354) verwahrt sich gegen einen Missbrauch der in der honestas matrimonii (τὸ τοῦ γάμου σεμνόν) gegebenen ehehindernden ratio legis. In einer grösseren Μελέτη, die vielfach Anklänge an ein Ὑπόμνημα des Eustathius Patr. (w. u. S. 271) zeigt, zieht er ausser Basilius und Sisinnius auch den 54. trull. Kanon herbei, der sonst gerne ignorirt wird, erörtert die civilrechtliche Lehre, deren Affinitätsdefinition, einzelne Verbote (auch jene wegen Sponsalaffinität) und legt allen unterschiedslos die ratio honesti (πρόνοια τοῦ σεμνοῦ) zu Grunde. Vgl. oben S. 256 Anm. Aber er spricht sich sofort sehr entschieden dagegen aus, dass eine so vage Motivirung benützt werde, um Verbote ausserhalb der vom Gesetze aufgestellten Grade und persönlichen Beziehungen abzuleiten. Auch legt er die Rechtsregel Modestins, welche er als höchst unsichere Basis erklärt, in anderem Sinne aus und weist namentlich auf deren beschränkte Bedeutung (Standesgemässheit der Verbindung) im alten Rechte hin. Zugleich versucht er das Princip des hl. Basilius mit dem Momente der hon. matr. unter gemeinsamen Gesichtspunkt zu stellen (διὰ καὶ οἱ μέχρι τούτων ἀκριβωσάμενοι τὸ τοῦ γένους ἀθόλωτον, οὐκ ἄν οὐδὲ τὸ περὶ τῶν εἰρημένων πρωσώπων παρέδραμον σιωπῇ, εἴ τι καὶ τούτοις συνῆδεσαν ἀπρεπές τε καὶ ἄσεμνον. Τῶν τοίνυν νομοθετῶν, τῶν ἐξ ἀγχιστείας κεκωλυμένων κατάλογον ποιησαμένων καὶ μέχρι τούτων τὰ τῆς κωλύσεως καὶ μόνον ὁρισάντων, ὁ καὶ ἑτέρους εἰσάγων ἐξ ἀγχιστείας γάμους, ὧν οἱ νομοθετήσαντες οὐκ ἐμνήσθησαν· οὗτος δόξαν οἰκείαν ἐξ αὐθεντίας πληροῖ, οὐ νόμοις ἀκολουθεῖ, εἴτε τοῖς μὲν προσκείμενος, τοῖς δὲ ἀντικείμενος· εἴτε δὴ καὶ τὰς αὐτοῦ θελήσεις καὶ θεραπείας ὑπὸ προσωπεῖῳ δῆθεν τῇ τοῦ σεμνοῦ καὶ τοῦ εὐπρεποῦς παρακερδαίνων μεταποιήσει. — Λείπεται τοίνυν πρὸς τὸ εὐπρεπὲς αὐτῶν, τοῦ εὐπρεποῦς πρόβλημά τε καὶ ἔρεισμα, μικρά τινα διαλαβεῖν. Καὶ γὰρ οὗτοι μὴ διαστέλλοντες, ἀλλ' ἕτερα ἀνθ' ἑτέρων προβαλλόμενοι καὶ τὰ ἐφ' ἑτέρων ἐκφωνηθέντα κακούργως κλέπτοντες, καὶ τὰς τῶν ἁπλουστέρων ἀκοὰς παρασαίνοντες, τὸ· „Ἐν τοῖς γάμοις, φασίν, οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπὲς ζητοῦμεν" ἄνω καὶ κάτω προφέρουσιν. Ὅπερ ὁ καὶ μικρὸν ἐγκύψας τοῖς νόμοις οὐκ ἀγνοήσει πάντως, ὅτι — τὸ πέριφόρητον δὴ τοῦτο τοῦ εὐπρεποῦς κεφάλαιον, περὶ τῶν ἀπὸ τῶν ἀξιωματικῶν τικτομένων καὶ πατρώνων· ὥστε τοὺς μὲν μὴ ἀπελευθέρους (oben S. 126, Anm. 2), τοὺς δὲ μὴ σκηνικοῖς προσώποις πρὸς γάμον ἁρμόζεσθαι (oben S. 80, 126 A. 2), τῷ νόμῳ κεκανόνισται. Ὅτι δὲ τὸ τοιοῦτον κεφάλαιον ἰδιαζόντως πρὸς ἀπαγόρευσιν τῆς τῶν συγκλητικῶν πρὸς ἀπελευθέρους ἢ σκηνικοὺς συναφείας ἐκπεφώνηται, αὐτὸ τὸ τοῦ νόμου πλάτος παραστήσει ἀναγνωσθέν. Ἐν ταῖς συναφείαις γὰρ (φησὶ) τῶν γάμων, οὐ

60. Zwar treffen wir neben dieser neuartigen, allgemeinen Motivirung der Eheverbote wegen Affinität die alten principiellen Sätze

---

μόνον τὴν ἀκρίβειαν σκοπεῖσθαι χρεών, ἀλλ'εἰ καὶ σεμνὸν ἐστι τὸ πραττόμενον (Quelle dieses Citats nicht eruirbar, vielleicht Stefanus, cf. Scholion ad Synopsis major Γ, II, 6). Τοῦ δὲ τοιούτου κανόνος τὴν ἀσάφειαν ἀνακαλόπτων ὁ Στέφανος καὶ ποίοις διδάσκων ἁρμόζεσθαι θέμασι τοῦτο εἶπε (φησὶ) ἐν τῷ ιζ' κεφαλαίῳ „Σενάτορις φίλια", ὡσανεὶ λέγων σαφέστερον ἐκεῖ λέλεκται. Εἶτα καὶ παρατίθεται αὐτὰ τὰ ῥητά, ἐξ ὧν καὶ δι'ἃ εἴληπται, ἅτινα οὕτως ἔχει. Οὔτε ἡ θυγάτηρ ἢ ἐγγόνη ἢ προεγγόνη τοῦ συγκλητικοῦ, δύναται ἀπελευθέρῳ γαμεῖσθαι ἢ τῷ παιγνίαν σκηνικὴν ἐνδεξαμένῳ ἢ ἐκείνῳ, οὗτινος ὁ πατὴρ καὶ ἡ μήτηρ παιγνίαν ἐνεδείξατο σκηνικήν (l. 42 D. 23, 2). Καὶ ταῦτα μὲν ἐπὶ τούτων ἡ τῶν νόμων γλῶσσα Στέφανος. Τὸ δὲ τὰ ἐφ'ἑτέρων ἐκφωνηθέντα καὶ τὴν ἰσχὺν ἐν ἐκείνοις ἔχειν ὀφείλοντα, μετάγειν ἐφ'ἕτερα, καὶ τὸ πρόδηλον ἑρμηνείαν ἔχοντα παρὰ τὸν νόμον μεταποιεῖν, αὐτὸ τοῦτο δή τὸ, τὴν ὡς ἀληθῶς σύγχυσιν ἐργαζόμενόν ἐστιν, ὁ τάχα καὶ ὑπὸ πλαστογραφίας ἔγκλημα θήσει τοῦς γε δὴ μὴ παραφυλάττοντας. Vgl. oben S. 126 Anm. 3, S. 255 Anm. 2 und die unten S. 271 citirte Aeusserung des Civilisten Eustathius Patric. In einer anderen 'Απάντησις (M. P. G. 119, 1115), welche sich hauptsächlich mit der ἀγχιστεία ἐξ τριγενείας beschäftigt (vgl. auch Demetrius Comath. M. P. G. 119, 943, Matthaeus Blast. ib. 119, 1227, 1235, Σ. VI, 126, Zhishman, S. 305, 318, 334, 340, 350 fg.), wendet sich derselbe Kanonist nochmals energisch gegen eine excessive Ausdehnung der Rechtsregel Modestins, wiederholt, dass die gesetzlichen Verbote die Grenze bilden, über die man nicht hinauszugehen habe und weist bei Besprechung der ethischen Basis der Eheverbote auch auf die Sentenz des Paulus hin (vgl. S. 126 A. 2 u. 3; die bemerkenswertheste Stelle für diese Controverse ist: ὁ δὲ πάλιν ὡς μέγα τι προβαλλόμενος φησὶ ὅτι ἐν τοῖς γάμοις . . . δεῖ ζητεῖν καὶ ἐκ τούτου πειρᾶται κρατῆσαι τοῦ ἀγῶνος. Αὐτόθεν δὲ τὴν λῦσιν ὁ νόμος ἐπάγει καὶ πᾶσαν ἀπολογίαν ἀπορραπίζει. Περὶ γάρ τῶν ἐκ φυσικῆς ἐπιθυμίας προβιβαζομένων εἰς τὸ παράνομον, τοῦτο διέξεισι καί φησι. Ὁ φυσικὸς πατὴρ οὐ λαμβάνει τὴν πορνογενῆ αὐτοῦ θυγατέρα. Τὸ γὰρ φύσει δίκαιον καὶ τὸ εὐπρεπὲς ἐν τοῖς γάμοις σκοπεῖται (Proch. VII, 11, oben S. 126 A. 2). Τὰ αὐτὰ καὶ περὶ δουλικῆς συγγενείας φυλάττεσθαι δεῖ. Καὶ εἰκότως (l. 14 § 2 u. 3 D. 23, 2, oben S. 85). Εἰ γὰρ καὶ συγγένεια ἐν τούτοις οὐ θεωρεῖται διὰ τὸ ἀκέφαλον, ἀλλὰ διὰ τὸ εὔσχημον συντηροῦνται καὶ ταῦτα. Καὶ οἱ λόγοι, ἐν οἷς ἐξεφωνήθησαν, ἐν ἐκείνοις καὶ τὴν ἰσχὺν ἔχουσιν. Ὁ γὰρ εὐθὺς δικαστὴς πρὸς τὸ παρὰ τοῦ νόμου ἐκφωνούμενον ὥσπερ κανόνα τινὰ τὸν νοῦν ἀπερείδων τὰ περιττὰ καὶ τοῦ κανόνος ἐπέκεινα παρίησιν ὡς ἀκώλυτα). Im gleichen Geleise bewegt sich die Διάγνωσις Balsamons, welche ebenfalls mehr der civilrechtlichen Lehre sich nähert. Vgl. oben S. 255 A. 2, ferner Sätze

von der durch die unitas carnis bewirkten Gleichstellung der Schwägerschaft mit der Blutsverwandschaft und von der zu vermeidenden

---

wie: Ὡσαύτως καὶ τὸ μὴ δύνασθαι τοὺς ἑτερομερεῖς ἀγχιστεῖς ἀλλήλοις συνάπτεσθαι, καθὼς τῆς ἀγχιστείας τὰ νόμιμα διορίζονται· ἀλλὰ κατὰ τοὺς γάμους τῶν ἐξ αἵματος προγενῶν, — Διενίστανται δὲ μηδὲ ἀπρεπές τι, καὶ τῶν ὀνομάτων συγχυτικὸν ὁποσύρεσθαι, ἐκ τοῦ τὸν αὐτὸν δυσὶ διεξαδέλφαις συνάπτεσθαι· ὅτι τότε φασὶ παρατηρεῖται τῶν ὀνομάτων ἀκρίβεια καὶ τὸ ἀσύγχυτον τούτων φυλάττεται — εἰ γὰρ δοθείη κἂν τούτοις συντηρεῖσθαι τῶν ὀνομάτων τὸ εὐπρεπὲς καὶ ἀσύγχυτον — οὕτω τὰ μὲν ἐντὸς τοῦ ἕκτου βαθμοῦ γινόμενα συναλλάγματα, καὶ διὰ τὸ φύσει δίκαιον καὶ εὐπρεπὲς κατακρίνονται etc.). Es ergibt sich übrigens. dass bei allen diesen Schriftstellern es sich nur mehr um die Motivirung der Verbote wegen Affinität überhaupt handelt. Ja Zonares ad c. 46 ep. can. Bas. geht soweit, die Rechtsregel Modestins zur Motivirung des Verbots der Verheiratung einer dimissa zu benützen: οὐ γὰρ εὔσχημον ζῶντος τοῦ ἀνδρὸς τὴν ὀνομασθεῖσαν ἐκείνῳ γυναῖκα ἑτέρῳ συμβιοῦν· λέγει γὰρ καὶ ὁ νόμος τῆς πολιτείας ὅτι ἐν τοῖς γάμοις etc. Der auf Sponsalaffinität beruhenden Normen wird höchstens vorübergehend, ohne Trennung von jenen Verboten, Erwähnung gethan, mit Ausnahme der cit. Stelle bei Demetrius Sync. nirgends mit einem Hinweise auf die honestas matr. Peira XLIX, 29 (w. u. S. 270 A. 1) kennt nur die Begründung mit der Fiction der alten klassischen, in den Basiliken unverändert aufgenommenen Rechtssätze. Es hat dies zunächst seinen Grund in der im Texte erwähnten Anwendung der ratio honestatis auf die Verbote wegen eigentlicher Affinität und in einer grösseren Betonung des ethisch-socialen Momentes solcher Prohibitivmassregeln gegenüber der positiven Norm als solcher und deren rechtlicher Basis; seit Mitte des elften Jahrhunderts erfolgte ferner seitens der Kirche die allgemeine Gleichstellung der Sponsalaffinität mit wirklicher Affinität, staatlicherseits nur soweit es sich um Verlöbnisse mit nachfolgender (in späterer Zeit damit verbundener) Benediction handelte. Dadurch ergab sich von selbst die Einschränkung der alten civilrechtlichen Verbote wegen Sponsalaffinität auf das in den Hintergrund gedrängte nicht benedicirte Verlöbnis. Das Moment der honestas wird in diesen Normen gar nicht mehr berücksichtigt, die ratio legis für die kirchliche Beibehaltung dieser Civilverbote ist nunmehr allein die Aehnlichkeit von Brautstand und Ehe. Das Nähere hierüber siehe weiter unten § 63—65. Hier ist nur noch zu constatiren, dass gegen das dreizehnte Jahrhundert das Moment der ratio honestatis in den kirchlichen Schriften, auch in seiner Anwendung als allgemeine Basis der Eheverbote, nur mehr vorübergehend gestreift wird. Namentlich trifft dies bei Matthaeus Blast. zu, aus dessen Syntagma wir entnehmen können, dass unter dem Einflusse

Vermengung der Familiennamen noch immer in den kirchlichen Quellen verwerthet, ja vielfach unvermittelt neben einander gestellt oder mit einander verbunden [1]), um eine möglichst breite Basis und vielseitige Begründung der weitgehenden Eheverbote der Kirche zu erreichen. Trotzdem hat, wie schon S. 251 fg. begründet wurde, die bisher geschilderte Aenderung in der kirchlichen ratio legis der Eheverbote und im eigentlichen Thatbestande des canonischen Affinitätsbegriffes auch zu einer wesentlichen Annäherung der kirchlichen Doctrin an jene des Civilrechts geführt und zugleich dazu beigetragen, Folgerungen zu ermöglichen, welche nach der älteren kirchlichen (eigentlich mosaischen [2]) Auffassung unmöglich gewesen wären und thatsächlich bisher auch nicht gezogen wurden. Wir können nun nach den vorstehenden Ausführungen die erste, oben S. 244 gestellte Frage dahin beantworten, dass der von der orientalischen Kirche entwickelte Begriff und Thatbestand der Affinität, sowie die

---

der im elften Jahrhundert gegründeten civil. Rechtsschule zu Byzanz der auf dem alten Rechte fussende Standpunkt der civilrechtlichen Doctrin auch für die Kirche massgebend wurde und die dargestellte weitgehende Ausnützung des Momentes der honestas matrimonii auch kirchlicherseits als παρὰ τὸν νόμον μεταποιεῖν (Demetrius Sync. l. c.) keinen Vertheidiger mehr gefunden hat. Vgl. einzelne belanglose Bemerkungen Zhishman's zur Frage auf S. 147, 205, 226, 274, 305, 315, 318, 320, 334, 340.

[1]) Man vgl. besonders die in voriger Anm. citirten Quellen: Basilius Achr. Thess. ant., Demetrius Syncellus, Balsamon Diagnosis und Matth. Blastares (M. P. G. 119, 934, 1119, 1202, 1210, 1231, 1243, 1246). Nur so erklärt sich, wie Zhishman zu dem Widerspruche kommen konnte, auf Grund der Quellen die Schwägerschaft principiell aus der unitas carnis (legitima et illicita) abzuleiten, zahlreiche Belegstellen hiefür anzuführen und dennoch an die Spitze seiner Ausführungen den Satz zu stellen, dass die orientalische Kirche wie das Civilrecht die Affinität nur aus der rechtsgiltigen Ehe als solcher ohne Rücksicht auf die Copula habe entstehen lassen. Er übersieht, dass in den cit. Quellen die unitas carnis bereits in symbolischen, idealeren Sinn aufgefasst erscheint. Vgl. oben S. 253 u. A. 2. u. 3.

[2]) Bezüglich des jüdischen Rechtes in dieser Frage vgl. Zh. S. 291, Freisen l. c. S. 439, u. A. 1, wo auch Literaturangabe, S. 442, 449. Sehling, Unt. der Verl. S. 26, 28 Anm. 2.

Motivirung der daraus abgeleiteten Eheverbote allmälig immer mehr der civilrechtlichen Doctrin sich näherte und daher wie in dieser (oben S. 112) eine Ausdehnung oder analoge Anwendung jener auf ein vom Rechte der Ehe gleichgestelltes Personenverhältnis principiell nicht mehr ausgeschlossen war. Sobald nämlich seitens der Kirche der Thatbestand der Affinität auf die durch die Ehe als Rechtsverhältnis geschaffene ideelle Einheit der Ehegatten gegründet wurde, musste zunächst die fortschreitende Gleichstellung zwischen Verlöbnis und Ehe in allen Beziehungen, welche auf der Gebundenheit zwischen den Verlobten beruhten, also wesentlich in allen negativen Wirkungen dieses Verpflichtungsverhältnisses, unvermeidlich zur Frage führen, ob denn nicht auch die ehehindernde Wirkung gegenüber den Cognaten des anderen Theiles wie aus der Ehe, so auch aus dem Verlöbnisse abgeleitet werden müsse. Diese Frage lag umso näher, als die Kirche die Geltendmachung ihrer Jurisdiction in Ehesachen hauptsächlich in der Richtung bethätigte, dass keine ungiltige oder unehrbare Verbindung geschlossen werde. Da sich nun die Eheverbote des justinianischen Rechtes, welche auf Sponsalaffinität beruhten, in den alten Quellen wie in den byzantinischen Gesetzbüchern unvermittelt neben den Eheverboten wegen wirklicher Affinität vorfanden, theilweise mit einer auf die ratio honestatis hinweisenden Begründung, so war es nur naheliegend, dass man diese detaillirten Prohibitivnormen besonders betonte und zu verallgemeinern suchte.

Ein weiteres nicht zu übersehendes Moment, das vielleicht noch intensiver in dieser Richtung wirkte, jedenfalls aber die bezeichnete Tendenz wesentlich unterstützte, war in anderer Hinsicht gegeben. Die Kirche musste nämlich von der Zeit an, da sie die Benediction als canonisches Erfordernis der Giltigkeit einer Ehe, also als kirchliche Eheschliessungsform erklärt hatte, bis zu jener Zeit, da diese Form auch civilrechtlich anerkannt und exclusive vorgeschrieben wurde, die Consequenz ziehen, dass die eingesegnete Verbindung, die civilrechtlich noch Brautstand, kirchlich schon Ehe war, vor ihrem Forum Affinität begründe. Um nun mit der weltlichen Affinitätslehre nicht

direct in Widerspruch zu treten, ergriff die Kirche den Ausweg, die justinianischen Eheverbote wegen Sponsalaffinität zu verallgemeinern und überhaupt jedem Verlöbnisse — ohne Rücksicht auf die eheliche Benediction — ehehindernde Affinitätswirkung zuzuerkennen. Dies ist auch thatsächlich erfolgt, allerdings zunächst nur theoretisch, nicht lange darauf auch in der Praxis, obwohl für diese die Verbote des justinianischen Rechtes und später der Basiliken genügt hätten. Später — und zwar lange nach Anerkennung der ehelichen Benediction als civilrechtlicher Eheschliessungsform durch Leo phil. — als die kirchliche Affinitätslehre im Tomus des Sisinnius (997) gegenüber den Basiliken eine bestimmte Formulirung gefunden hatte, regte sich in der Doctrin das Bedürfnis, der obengenannten Praxis auch eine formellrechtliche Basis zu geben. Auf diese Entwicklung in Praxis und Theorie soll nun näher eingegangen werden. Sie bildet die Erklärung und damit den Uebergang zur späteren endgiltigen kirchlichen und civilrechtlichen Reform der Lehre von den Affinitätswirkungen des Verlöbnisses.

β. Entwicklung der Lehre von der Sponsalaffinität bis Mitte des elften Jahrhunderts.

61. Es wurde oben S. 113, 127 als Resultat der Fortentwicklung, welche die Lehre von der Sponsalaffinität im byzantinischen Rechte bis zur Basilikencodification erfahren, constatirt, dass die im justinianischen Rechte vereinzelt erhaltenen Aeusserungen der klassischen Jurisprudenz über ehehindernde Wirkungen der Sponsalaffinität nunmehr bereits zu einer allgemeinen gesetzlichen Prohibitivnorm zusammengefasst werden und den Charakter eines selbständigen Eheverbots gewinnen, welches nicht nur präciser formulirt, sondern auch erweitert erscheint. Zugleich haben wir darauf hingewiesen, dass die Beibehaltung solcher Detailnormen und so weitgehender Verlöbniswirkungen auf den Einfluss der kirchlichen Lehre von der Bedeutung des Verlöbnisses zurückzuführen sein dürfte. Ausser Zweifel gilt dies für die Versuche der Jurisprudenz, die ehehindernde Wirkung der Sponsalaffinität auf fernerstehende Cognaten des Ver-

lobten auszudehnen. Eines solchen Versuches wurde bereits oben S. 123 fg. des längeren gedacht; er bezeugt die Tendenz, durch Interpolation oder textliche Aenderung der früheren Normen das Eheverbot wegen Sponsalaffinität auch auf den ersten Grad der Seitenlinie zu erweitern. Es war dies die nächste Consequenz, die aus der Aufstellung von Affinitätseheverboten in der Seitenlinie (oben S. 85 fg., 111 Anm. 1) sich nothwendig ergeben musste. Thatsächlich findet sich diese Aenderung auch in allen canonischen Quellen, die der Verbote wegen Sponsalaffinität Erwähnung thun [1]). Nur Balsamon [2]) traf später einmal eine

[1]) Für das Civilrecht vgl. oben S. 101 A. 2, S. 123 A. 2, hiezu Synopsis maior Γ, 2, 1 [ao. 945 nicht 1167, wie Zh. S. 65, (cf. Zachariae, r. Rg. S. 26), herausgeb. Zachariae J. G. R. V, 147], ferner Eustathius Patricius ao. 1025 Commentar ad tom. Sisinn., bei Leunclav. J. G. R. I. 419, Σ. V. 347, Peira XLIX, 29 (Zach. I, 234), l. 1 th. ult. Bas. 28, 5. Zhishman S. 315 muss es Z. 18 von oben statt „Braut des Bruders" „Braut des Sohnes" heissen, denn im justin. Rechte (oben S. 85, 86 A. 1) findet sich noch kein Eheverbot wegen Sponsalaffinität in der Seitenlinie. Vgl. auch S. 359 A. 2 (nicht 3) ebd. An kirchlichen Quellen, welche obige Erweiterung anführen, sind zu citiren: Demetrius Syncellus (ao. 1028) M. P. G. 119, 1106, Σ. V, 359): Τὴν τοῦ πατρός μου, ἢ τοῦ ἀδελφοῦ μου μνηστήν, οὐ δύναμαι λαβεῖν. — Οὐδὲ τὴν μητέρα τῆς ποτέ μου μνηστῆς etc. Johannes VIII. Xiphilin. patr. Const. decreta de sponsalibus (ao. 1066 u. 1067, Σ. V, 51, 53, M. P. G. 119, 755, 758): Εἰ καὶ μὴ προδήλως καὶ κατὰ λέξιν ἐν τῷ ἐκτεθέντι συνοδικῷ τόμῳ παρὰ τοῦ ἀοιδίμου πατριάρχου, κυρίου Σισιννίου, ἐπὶ τῶν κεκωλυμένων καὶ ἀθεμίτων γάμων, διείληπται καὶ περὶ τῆς μνηστείας· ἀλλ' ἐπεὶ καὶ τὴν τοῦ πατρὸς μνηστὴν καὶ τὴν τοῦ ἀδελφοῦ, κωλύει παντάπασιν ὁ πολιτικὸς νόμος τῷ υἱῷ ἢ τῷ ἀδελφῷ ζεύγνυσθαι, διὰ τὸ τὴν μὲν μητρυιᾶς τάξιν ἔχειν, τὴν δὲ νύμφης, κἂν ὁ γάμος οὐ προβέβηκε· τὸ αὐτὸ δὲ καὶ ἐπὶ τῆς μνηστῆς σου θετοῦ υἱοῦ, κἂν ἡ θέλησις λυθῇ, μὴ δυναμένου τοῦ θετοῦ πατρὸς ταύτην λαβεῖν, ὡς νύμφην καὶ τοῦ ἰδίου υἱοῦ γαμετὴν etc. Das zweite Decret sagt in Fortsetzung der oben S. 173 A. 1. cit. Stelle: τοῦτο δὲ καὶ τοῦ πολιτικοῦ νόμου ἐν τῷ ε' τίτλῳ τοῦ κη' βιβλίου τῶν Βασιλικῶν οὕτω λέγοντος (l. 1 Bas. 28, 5): Τὴν τοῦ πατρός μου ἢ τοῦ ἀδελφοῦ μου μνηστὴν οὐ δύναμαι λαμβάνειν κἂν γαμεταὶ αὐτῶν οὐ γεγόνασι· ἡ μὲν γὰρ μητρυιᾶς, ἡ δὲ νύμφης τάξιν ἐπέχει. Καὶ μετά τινα κεφάλαια· — οὐδὲ μητέρα τῆς ποτέ μου μνηστῆς. γέγονε γάρ μοι πενθερά. Vgl. oben S. 123 fg., § 63 unten. Eine im Poenitentiale Johann. Jeiunator. arch. Cp. (M. P. G. 88, 1894) befindliche ähnliche Stelle gehört nicht hieher.

[2]) Σ. IV, 453, M. P. G. 119, 1038; 138, 958.

entgegengesetzte Entscheidung in einer Apokrisis ad Marcum patr. Alexandrin. Diese auffallende Entscheidung kann auf verschiedene Weise erklärt werden. Einmal ist zu bemerken, dass zu jener Zeit Alexius I. Comnenus die Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe auf die benedicirten Sponsalien beschränkt hatte und sehr leicht der kurze Passus seiner ersten Novelle misverstanden werden konnte, wonach für die Civilverlöbnisse, von denen Balsamon besagt, dass sie im südlichen Theile des Reiches üblich gewesen seien, das alte Recht (ἡ πρεσβυτέρα νομοθεσία, ὁ παλαιγενὴς νόμος) fortzugelten habe. Es ist nun allerdings ausser Zweifel, dass Alexius 1. Comn. hierunter die Basiliken verstanden habe und nicht das antiquirte justinianische Recht. Da aber die Basiliken nach dem Zeugnisse des Patr. Marcus Alexandr. [1]) gerade im südlichen Theile des byzant. Reiches noch zu Ende des 12. Jahrhunderts nicht allgemein und vollständig bekannt waren, dürfte mit Recht der Erklärung Zhishman's (S. 360) beizustimmen sein, dass Balsamon mit Rücksicht auf diesen Umstand seine Entscheidung nach dem alten justin. Rechte, das dort noch fortgalt, und nicht nach den Basiliken getroffen habe. Doch ist ebenso möglich, dass es sich hier um eine jener namentlich kirchlich angefochtenen Entscheidungen Balsamons handelt, über welche sich Johannes ep. Citrens. in seinen responsa ad Constantinum Cabasilam, Erzbischof von Dyrrhachium beklagt [2]).

Es finden sich aber auch noch andere Anhaltspunkte, die bezeugen, dass man frühzeitig versuchte, die Eheverbote wegen Sponsalaffinität auf eine noch viel breitere, allgemeine Basis zu stellen, ja dieselben in Ausdehnung und Wirkung als vollständige Analogie zu den Ehehindernissen wegen eigentlicher Affinität zu behandeln.

---

[1]) int. 4 ad Balsamon. von diesem gleichzeitig beantwortet (Σ. IV, 451, M. P. G. 119, 1035; 138, 955), Zhishman S. 59.

[2]) Σ. V, 418, M. P. G. 119, 982, vgl. oben S. 178 A. Hiezu noch die Aeusserung des Demetrius Comathenus ad Constantin. Cabasilam apocr. 4 (M. P. G. 119, 958) über die 6. Apocr. Balsamons ad Marcum Alex. (Σ. V, 435). Vgl. auch Balsamons diagnosis (Σ. IV, 568, M. P. G. 119, 1202).

In dieser Hinsicht mögen ebenso die aus dem alten Rechte in die justinianischen und byzantinischen Codificationen übergegangenen Juristensentenzen [1]), sowie auch der Sprachgebrauch der Bibel [2]) beigetragen haben, welche beide die Schwägerschaftsnamen schon auf Grund des blossen Brautverhältnisses anwenden oder wenigstens als anwendbar bezeichnen. Die Anschauung, dass Verlöbnis und Ehe vom gleichen ethisch-socialen Gesichtspunkte aus zu beurtheilen und daher auf dem Gebiete der Sitte und des Familienlebens mit denselben Wirkungen zu betheilen seien, lag ja diesem sprachlichen Momente zu Grunde und gewann umgekehrt wieder ihrerseits durch dasselbe eine nicht zu unterschätzende Stütze. Denn wenn wir auch ganz davon absehen, dass diese Anschauung an und für sich schon als eine fast selbstverständliche erscheinen und leicht volksthümlich werden musste, so wird es uns angesichts eines solchen rechtlich sanctionirten Sprachgebrauches und nach dem oben S. 135 fg. Gesagten nicht mehr überraschen, wenn wir sehr bald der Tendenz begegnen, auch die zwischen dem einen Brauttheile und den Blutsverwandten des Anderen keimenden familiären Beziehungen ganz allgemein so zu benennen und zu behandeln, als ob schon die Ehe geschlossen wäre und nicht bloss ein Verlöbnis vorläge. Die nächstliegende Aeusserung solcher Tendenz war der Versuch, dementsprechend auch die neue kirchliche Affinitätslehre des hl. Basilius schon auf den Brautstand anzuwenden, mit anderen Worten: die Cognaten des einen Brauttheils als Blutsverwandte des anderen anzusehen und rechtlich zu beurtheilen.

Auch dieser weitgehenden Versuche principieller Ausdehnung der Sponsalaffinität bezw. der auf sie gegründeten Eheverbote

---

[1]) Vgl. oben S. 30, 38, 49, 50 fg., 118 A. 3, 119 A. 1.

[2]) Vgl. die oben S. 136 Anm. 1 angeführte Stelle bei Johann. Chrysostomus hom. 43 ad c. 19 Gen. v. 14 (M. P. G. 53, 403), wo die sponsi filiarum als γαμβροὶ (generi) bezeichnet werden mit der Begründung: ἐπεὶ νῦν ἤδη τὰ τῆς μνηστείας ἐγεγόνει. Aehnlich auch die in das Decr. Grat. übergegangene Bemerkung dess. Kirchenvaters in hom. 14 ad c. 1 Matth. v. 18 (oben l. c.).

wurde bereits in anderem Zusammenhange flüchtig gedacht; sie verdienen umsomehr Beachtung, als Anzeichen derselben sich gerade in den Noten oder in Bearbeitungen des Civilrechts (Peira) vorfinden, obwohl der Charakter solcher Aeusserungen unzweifelhaft kirchlichen Ursprung verräth. Ein derartiges Zeugnis bietet das oben S. 121 A. 1 angeführte Scholion ad l. 2 Bas. 28, 5 [1]). Dasselbe ist für unsere Untersuchung deshalb besonders bedeutsam, weil es bezeugt, dass die Gleichstellung von Verlobung und Ehe als Thatbestände der Affinität bereits allgemein acceptirt war und nun auch für fernere Grade verwertet wurde. Denn die Stelle behandelt diese Gleichstellung als etwas selbstverständliches und hält es nur für nöthig, die Ausdehnung der ehehindernden Wirkung der Sponsalaffinität auf den dritten Grad der Seitenlinie mit einem Hinweis auf die Affinitätslehre des hl. Basilius zu begründen, weil das justinianische Recht nicht einmal die eigentliche Schwägerschaft so weit ausdehnte.

Diese Versuche, die Sponsalaffinität auf weitere Grade auszudehnen, blieben jedoch bis zum Beginne des elften Jahrhunderts sehr vereinzelt und nur theoretisch. Für das praktische Bedürfnis genügten zunächst die weltlichen Verbote umsomehr, als dieselben in den oben besprochenen [2]) byzantinischen Codificationen des Prochiron und der Epanagoge eine zusammenfassende Formulirung und theilweise eine Erweiterung erhielten.

62. Neuen Impuls erhielt diese Lehre erst durch die im Tomus des Sisinnius Ende des zehnten Jahrhunderts erfolgte

---

[1]) Paulus l. 14, 4 D. 23. 2. Die Note schliesst an ad v. οὐδὲ τὴν μητέρα τῆς ποτέ μου μνηστῆς, γεγονὲ γὰρ πενθερά, vgl. S. 125 A. 2 oben. Wie bereits erwähnt, dürfte dieses Scholion der späteren justinianischen Rechtsschule (sechtes und siebtes Jahrhundert, Stephanus oder Enantiophanes?) entstammen. Es ist jedoch nicht unmöglich, dass dasselbe unter dem Einflusse des 98. trull. Kanon (692), vielleicht zur Zeit der ersten byzant. Codification, der Ecloga (Leo Isaur. und Constantini ao. 740) entstand, denn mit dem 54. und 98. trull. Kanon hatte sowohl die kirchliche Erweiterung der Affinitätsverbote, als auch die Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe ihre erste positive Formulirung erhalten. Bezüglich der Interpretation Zhishman's S. 361 siehe oben S. 122.

[2]) § 37, S. 122 fg.

Festsetzung der für den ehehindernden Effect der Schwägerschaft massgebenden Momente und in der gleichzeitig normirten Ausdehnung der Affinitätseheverbote auf den fünften und sechsten Grad [1]). Da hiebei die Sponsalaffinität und deren Verbote vollständig übergangen waren, überhaupt Affinität nur aus Ehe abgeleitet erschien, trat an die canonische Jurisprudenz die Frage heran, ob die von Sisinnius formulirten Eheverbote nicht auch aus dem Verlöbnis abzuleiten seien. Es lag diese Frage umso näher, als einerseits die Gleichstellung von Verlöbnis (Brautstand) und Ehe zu jener Zeit schon allgemeine kirchliche Lehre geworden war, andererseits die von Sisinnius gegebene

[1]) Der Tomus des Sisinnius ist für die ganze spätere Entwicklung der Affinitätslehre grundlegend gewesen. Den civilrechtlichen Einfluss desselben entnimmt man am besten aus den Aeusserungen der Peira XLIX, 3, 28 squ. (= Eustathius Patr., Zach. ed. J. G. R. I, 235 squ., M. P. G. 119, 859). Vgl. diesbez, auch Balsamon C. ad Nomokanon Photii XIII, 2 (Σ. I, 282, M. P. G. 104, 1175). Der Streit über die Ausdehnbarkeit der Eheverbote wegen Affinität über den von Sisinnius als Grenze festgesetzten Grad charakterisirt die ganze spätere griech. Canonistik. Schon Patr. Michael Caerul. ep. 1 u. 4, ao. 1059 (M. P. G. 119, 850, 854) sucht unter Bezugnahme auf Sisinnius die Affinität auch auf den siebten Grad theilweise auszudehnen. Ehe im siebten Grad erscheint ganz verboten bei Patr. Johannes Xiph. (ao. 1063, M. P. G. 119, 855), Nicolaus Grammaticus (1084/1111, M. P. G. 119, 762) und Lukas Chrysoberges (ao. 1156, M. P. G. 119, 770), welche alle auf die Synodalentscheidung des Patr. Alexius (M. P. G. 119, 743) zurückgehen, in der dieser Grad als verbietendes, wenn auch nicht als trennendes Ehehindernis aufgestellt worden war. Nach der Peira XLIX, 37 (Zach. ed. J. G. R. I, 238, Zhishman, S. 320) hatte ein Civilrichter (Magister?) in einer Entscheidung die Ehe im siebten Grade gestattet, das cit. Decret des Patr. Joh. Xiph. hatte dieselbe verboten und war dann vom Kaiser bestätigt worden mit dem Hinweise auf die mögliche Namensvermengung. Die letzte Anerkennung des siebten Affinitätsgrades findet sich bei Joh. Camater. (M. P. G. 119, 890). Ein gegentheiliges decret. iudic. civilium in derselben Sache ist Σ. V, 395 (M. P. G. 119, 894) abgedruckt. Schon Anfang des zwölften Jahrhunderts beginnt die Reaction gegen diese excessive Ausdehnung der Affinitätsverbote. Rückkehr zu Sisinnius vertreten Patr. Theodosius, Balsamon resp. 45, decr. Joh. Chartularius (?), Basilius Achriden., Demetrius Comathen., Demetrius Syncell., Matthaeus Blastares (M. P. G. 119, 795, 902, 924, 938, 1074, 1114, 1245) u. a. m., Details bei Zhishman S. 342 fg.

Begründung der weitergehenden Affinitätsverbote mit dem Momente der honestas matrimonii auf die ähnlich motivirten Verbote wegen Sponsalaffinität im justinianischen Rechte und in den Basiliken hinweisen musste. Auch war die Auffassung der unitas carnis als Thatbestandes der Affinität bereits eine weniger realistische geworden.

Diese und ähnliche Gründe führten dazu, dass zunächst in den der Praxis entstammenden und für dieselbe dienenden Arbeiten des beginnenden elften Jahrhunderts die Verbote wegen Sponsalaffinität noch selbständiger formulirt und näher specificirt erscheinen wie in den früheren Codificationen. Die betreffenden Stellen werden jedesmal der Erörterung des Tomus Sisinnii und seiner Verbote angeschlossen. Dies gilt namentlich von Eustathius Patr., dessen Commentar zum tomus Sisinnii die Verbote wegen Sponsalaffinität in einer allgemeinen Norm zusammenfasst. In derselben [1]) ist nicht nur die bisher vermisste Ausdehnung der Verbote auf die Ehe mit dem Bruder des Bräutigams (Schema S. 71 oben: a + e) und mit der Schwester der Braut (b + f) aufgenommen, sondern auch der feine nur civilrechtlich mögliche Unterschied gemacht, dass sowohl die Ver-

[1]) Eustathius Patr. Rom., berühmter Civilrichter anfangs des 11. Jahrh., dessen Entscheidungen vielfach in den Basilikenscholien sich vorfinden und namentlich durch die Aufnahme in das praktische Handbuch der Peira weite Verbreitung fanden. Der Commentar, wie die Peira zeichnen sich durch besondere Rücksichtnahme auf kirchliche Normen und zeitgenössische Patriarchalentscheidungen aus, deren Einfluss nicht zu verkennen ist. Vgl. Zachariae, gr. r. Rg. S. 27, Zhishman, S. 45, der Commentar des E. P. gedruckt bei Leunclav. J. G. R. I.; die citirte Norm (ib. p. 419 und in der Peira XLIX. 29 (Zach. ed. J. G. R. I, 234) lautet: Ὅτι φησὶ βι κη΄τί ε΄ (l. 1 th. ult. Bas. 28, 5 = § 9 Inst. 1, 10). Τὴν τοῦ ἀδελφοῦ μου ἢ τοῦ πατρός μου μνηστὴν οὐ δύναμαι λαμβάνειν, κἂν γαμεταὶ αὐτῶν οὐ γεγόνασι· ἡ μὲν γάρ μητρυιᾶς, ἡ δὲ νύμφης τάξιν ἐπέχει (es wird somit auch der falsche Nachsatz, bezw. die Interpolation ἀδελφοῦ gedankenlos aus den Basiliken citirt, vgl. oben S. 123 Anm. 1, S. 125 unten). Καὶ ἐκ τούτου οὔτε ἡ μνηστὴ ἢ μνηστευσαμένη τὸν ἀδελφὸν δύναται λαμβάνειν, οὐδ' ὁ μνηστὴρ τῆς μνηστευθείσης αὐτῷ τὴν ἀδελφὴν γαμήσει, ἵνα μὴ τῆς μὲν μνήστωρ, τῆς δὲ γαμέτης ἀναφανῇ; vgl. unten S. 272 Anm. 1.

lobte, als auch die Verlobtgewesene eine solche Heirat nicht schliessen dürfe, dass also der ehehindernde Effect der Sponsalaffinität nicht mit der Lösung der Verlobung erlösche. Ausserdem ist hervorzuheben, dass die Motivirung obiger Ausdehnung in einer ebenso an die σύγχυσις ὀνομάτων, wie an die Normen über Infamie erinnernden Satzwendung erfolgt. Diese in der Peira XLIX, 29 wiederkehrende Stelle beruht auf einem Ὑπόμνημα [1]) des genannten Civilrichters, welches für unsere Untersuchung aus dem Grunde besondere Beachtung verdient, weil es den Anstoss zu ganz allgemeiner Gleichstellung zwischen ehelicher und Sponsalaffinität gegeben hat. Ein gewisser Nicephor Bothaniates (Civilrichter?) hatte eine Ehe aus dem Grunde verboten, weil ein Geschwisterkind des einen Ehegatten mit einem Geschwisterkind des anderen früher verlobt [2]) gewesen war. Dagegen erklärte Eustathius Patricius in seiner Entscheidung, dass die Ehe weder civil- noch canonisch rechtlich anfechtbar sei. Es bestehe hinsichtlich der Eheverbote eine gewisse Reciprocität zwischen weltlichen und kirchlichen Normen [3]). Die civilrechtlich festgesetzten Grenzen sollten nicht überschritten werden. Der tomus Sisinnii verbiete ebensowenig wie das römische Recht diese Verbindung. Nach einer diesbezüglichen Bezugnahme auf die Basiliken führt dann Eust. auch die einzelnen Verbote wegen Sponsalaffinität an nach dem in den Bas. enthaltenen Wortlaute. Daraus zieht er die Schlussfolgerung, dass ein Weib, das von zwei Brüdern den einen zum Verlobten hatte, den anderen nicht zum Mann haben dürfe, dass man daher auch nicht die Schwester der Verlobten zur Ehe nehmen dürfe,

---

[1]) ao. 1025, Zach. gr. r. Rg. S. 27, Zh. S. 361. Σ. V, 342 squ.

[2]) Dass es sich um ein kirchliches Verlöbnis gehandelt habe, wie Zh. S. 361 annimmt, ist durch den Text nicht begründet, ebensowenig, dass die zweite Ehe erst geschlossen werden sollte. Im Gegentheil wird ausdrücklich von Abschluss der Verlobung durch die Eltern, von μνηστὴρ μόνον (also ohne εὐχολογία) gesprochen, während die zweite Ehe wirklich schon geschlossen war: Σ. V, 342.

[3]) Ueber die sonstigen sehr beachtenswerthen Ausführungen dieses Civilrichters über civilrechtliche und kirchliche Eheverbote und deren Interpretation vgl. Zhishman, S. 230, 293, 302, 320, 322.

weil man nicht zwei Schwestern zur Ehe führen könne [1]). Nach Erörterung des Satzes, dass zwischen göttlichem und menschlichem Gesetze manche Analogie bestünde, kommt Eust. schliesslich auf das Motiv jener Eheverbote zu sprechen, welche nicht auf directer Verwandschaft beruhen. Er beruft sich hiebei auf Modestins Sentenz, dessen Fassung er offenbar aus einem alten Commentar oder dem Prochiron VII, 11 (oben S. 126 Anm. 1) entnimmt [2]) und kommt im Anschlusse an l. 6 sequ. Bas. 28, 5 auf alle jene Verbote zu sprechen, welche mehr auf Grundlage der ratio honestatis gegeben erscheinen. Ueber diese ratio hon. spricht sich nun Eust. Patr. des Näheren aus und schliesst daran eine allgemeine Erörterung über die ethische Basis der Eheverbote im Allgemeinen [3]). Am Schlusse fordert er auf, die bisher oft vorkommende willkürliche Ausdehnung der gesetzlichen Eheverbotsgrenzen zu vermeiden.

Wir entnehmen somit dieser Quelle vor allem, welcher Gedankengang der erörterten näheren Specificirung der Ehe-

---

[1]) Zhishman S. 361 fg. übergeht diese Ausführungen vollständig. Die interessante Stelle (Σ. V, 347) lautet: Ἦν δὲ οὐ μόνον ὁ τοιοῦτος γάμος καὶ ὑπὸ τῶν νόμων κεκωλυμένος, ἀλλὰ καὶ τὰ ἐλαφρότερα τούτου, διεξιόντων οὑτωσί· „Τὴν τοῦ πατρός μου ἢ τοῦ ἀδελφοῦ μου μνηστὴν οὐ δύναμαι λαμβάνειν κἂν γαμεταὶ αὐτῶν οὐ γεγόνασι· ἡ μὲν γὰρ μητρυιᾶς, ἡ δὲ νύμφης τάξιν ἐπέχουσι. Ὁρᾶν ὥρα, ὅσα τὰ βραχέα ταυτὶ συμπεριέλαβε ῥήματα. Εἰ γὰρ τῇ τοῦ ἀδελφοῦ μνηστῇ γάμῳ προς ομιλεῖν οὐκ ἐνόν, ὁ αὐτὸς κἀκείνῃ προσαρμόττει λόγος. ὅτι τῷ τοῦ μνηστῆρος αὐτῆς ἀδελφῷ γενέσθαι σαρῇ μία οὐ συγκεχώρηται· τοῦτέστι, οὐ δύναται δυοῖν ἀδελφοῖν, τὸν μὲν ἐσχηκέναι μνηστῆρα, τὸν δὲ ἄνδρα· εἰ δὲ τοῦθ' οὕτως ἔχον ἐστί, εὔδηλον τὸ ἐξῆς, ὡς οὔθ' ὁ μνηστὴρ τῆς μνηστευθείσης αὐτῷ τὴν ἀδελφὴν γαμήσει, ἵνα μὴ τῆς μὲν μνήστωρ, τῆς δὲ γαμέτης ἀναφανῇ· τούτων δὲ ἀνωμολογημένων, ἀσύγγνωστον τὸ μεῖζον κακὸν· οὐ γὰρ ὁ αὐτὸς ἀδελφὰς δύο γαμετὰς ποιήσει ποτέ. Οὕτω μὲν οὖν τὸ συμβάλλον τοῖς νόμοις ἐθέσπισεν ὁ πολὺς τὰ θεῖα, οὐ τὰς ἑρμηνείας ἐν τάξει νόμων εἰσφέρων, ἀλλὰ τὸν μὲν θεσματισμὸν τοῦ προβλήματος ἀποπεμπόμενος καὶ ἀποκρίνων, τὰ δ' ἐξ αὐτοῦ φυόμενα οὐκ ἐπαινῶν. Παρόμοιόν τι καὶ τῆς θεολόγου φωνῆς εὑρίσκεται.

[2]) Σ. V, 351: Τὸ γὰρ φύσει δίκαιον καὶ εὐπρεπὲς ἐν τοῖς γάμοις σκοπεῖται. Περίοπτον ἰδοὺ γέγονε, ὅτι οἱ νομοθέται εἰς ἔρεισμα καὶ κόσμον τῶν ἰδίων δογμάτων τοὺς τοιούτους κανόνας ἐπάγουσι, οὓς καὶ βασιλεῖς καὶ σύγκλητος προσήκαντο καὶ τῶν ἐκείνων βίβλων παρειληφότες, τῇ πεντήκοντα βίβλῳ τῶν Διγέστων ἐνέταξαν (l. 42 D. 23, 2).

[3]) Vgl. auch Zh. S. 293 u. oben S. 255 A. 2 fg.

verbote wegen Sponsalaffinität seitens der Civilisten zu Grunde lag. Die Begründung derselben erfolgt mit dem Hinweise auf das entsprechende Ehehindernis eigentlicher Schwägerschaft, wobei stillschweigend, gleichsam als etwas Selbstverständliches, vorausgegangene Verlobung und frühere Heirat als ehehindernde Factoren ganz gleichgestellt werden. Wir sehen ferner, dass man staatlicherseits über die alten Civilverbote und deren unmittelbare Analogien d. h. über den zweiten Grad der Sponsalaffinität nicht hinausgieng; kirchlicherseits jedoch war man stets geneigt dem Verlöbnisse in gleicher Ausdehnung Affinitätswirkungen zuzuweisen wie der Ehe selbst. Eustathius Patr. mag mit seinem abfälligen Urtheile über diese beliebte extensive Interpretation [1]) gerade ein sehr bemerkenswerthes Synodaldecret seines Zeitgenossen Alexius, Patriarchen von Constantinopel, im Auge gehabt haben, welcher geneigt schien, die ehehindernde Wirkung der Sponsalaffinität sogar auf den sechsten Grad anzuwenden, wenn nicht in dem betreffenden Falle die fragliche frühere Verlobung überhaupt rechtsungiltig gewesen wäre und daher keinen solchen Effect äussern konnte. Dieses Decret [2]) ist ebenfalls in die Peira aufgenommen worden und hat bei der grossen Verbreitung dieser Urtheilssammlung sicher viel dazu beitragen, die Gleichstellung von Brautstand und Ehe als Thatbestand von Affinitätsverboten allgemein einzubürgern.

Die in der Peira enthaltenen weltlichen und kirchlichen Entscheidungen sind übrigens auch noch darum interessant, weil sie, wie schon erwähnt, die gesetzlich ausgesprochenen Eheverbote gegenüber dem allgemeinen Principe der σύγχυσις ὀνο-

---

[1]) Σ. V, 353: Ἐπεὶ τοιγαροῦν ἐπὶ πολὺν χρόνον πολλοὶ τὰ περὶ τούτων διεσκέψαντο καὶ νόμοις ἀνεστηλώθησαν ὅροι, τούτοις ἀγαπᾶν δεῖ καὶ ἐμμένειν ταῖς γεγραμμέναις κωλύσεσι καὶ μὴ δεῖ τούτων ἐπέκεινα μάταιον ὀνειροπολεῖν etc.

[2]) ao. 1028/38. M. P. G. 119, 843, Σ. V, 35, Peira XLIX, 34 (Zach. J. G. R. I, 236), man vgl. Zachariae gr. r. Rg. S. 28 und Zh. S. 197, 203, 362. Es ist durch nichts gerechtfertigt, wenn Zh. S. 197, 362 auch hier wieder entsprechend seiner Ansicht über die Entstehung und Bedeu-

μάτων καὶ γένους in den Vordergrund stellen [1]). In XLIX, 33 ist weiters eine Erörterung aus dem Commentar des Eustathius Patr. zum tomus Sisinnii [2]) aufgenommen, welche ähnliche Ausführungen wie dessen Ὑπόμνημα enthält und namentlich den

---

tung der Verlöbnisbenediction (vgl. oben S. 200 fg., 212 A. 1 und auch S. 271 A. 2) annimmt, es handle sich um kirchliches (= benedicirtes) Verlöbnis. Es ist ja ausdrücklich von Heimführung (vgl. oben S. 212 A. 1) die Rede, von vollkommenem Abschluss der Ehe. Sonst hätten ja die ganzen daran geknüpften Erörterungen keinen Sinn. Denn dieselben werfen zunächst die Frage auf, ob die Ehe giltig sei, und nachdem dies verneint, wird erst gefragt, ob nicht eine giltige Verlobung vorausgegangen sei, da diese später (nach l. 4 D. 23, 2, vgl. oben S. 198 A. 1) mit Eintritt der aetas legitima zur Ehe convalidiren könne. Dass, wie Zh. S. 382 meint, die Frage zur Sprache gekommen sei, ob nicht auch die in zu frühem Alter gespendete Euchologie des Verlöbnisses die nachgebildete Verwandtschaft nach sich ziehe, lässt sich aus dem Texte absolut nicht entnehmen. Es hätte diese Frage, wie sich aus der oben S. 193 fg. gegebenen Darstellung ergibt, gar keinen Werth gehabt, denn zur Zeit des Patr. Alexius war für eine Verlöbnisbenediction kein Alterstermin aufgestellt, wohl aber für die eheschliessende Benediction; von dieser ist hier aber nicht die Rede. Wohl aber geht aus dem Texte hervor, dass man bei Giltigkeit des Verlöbnisses die Sponsalaffinität auch in der weiten Ausdehnung des sechsten Grades als Ehehindernis acceptirt hätte. — Zhishman l. c. stellt übrigens unbegreiflicher Weise dieses Kapitel der Peira, welches einen Auszug aus dem Synodaldecrete des Patr. Alexius mit Angabe derselben Namen und in fast wörtlich gleichlautenden Sätzen (nur mit Hinweglassung des Details) gibt, als eine spätere Synodalentscheidung (!) hin, welche gegen Mitte des elften Jahrhunderts von Eustathius Patr. als (Civil?) Richter getroffen wurde. Ebenso unerklärlich ist, dass Zh. [trotz der begründeten Angabe Zachariae's in dessen früher erschienener Ausgabe der Peira (praef. in J. G. R. I p. IV)] noch die irrige Ansicht vertritt, dass der Verfasser der Peira, welcher aus den Acten des Eust. Patr. schöpfte, um 1025 noch gelebt habe. Eust. Patr. ist jedoch höchstens Zeitgenosse des Patr. Alexius gewesen und hat zur Zeit der Abfassung der Peira nicht mehr gelebt. Die Peira selbst aber, deren Verfasser unbekannt ist, entstammt der um die Mitte des elften Jahrhunderts aufblühenden byzantinischen Rechtsschule (vgl. die genauen Daten bei Zachariae, gr. r. Rg. S. 30 fg.).

[1]) Vgl. XLIX, c. 28, 31, 32 ib. (Zach. J. G. R. I, 234 fg.).

[2]) Leunclav. J. G. R. I, 421.

Begriff der ratio honestatis (das Erfordernis des τὸ τοῦ γάμου εὐπρεπές) mit wiederholter Bezugnahme auf Modestins Ausspruch betont [1]).

Wir sehen somit, dass die ganze Entwicklung dahin strebt für die auf das Verlöbnis gegründeten Eheverbote des Civilrechts dieselben Grundsätze und dieselbe Ausdehnung geltend zu machen, wie für die aus der Ehe abgeleitete Affinität. Nicht so sehr die durch unitas carnis begründete Beziehung [2]), als vielmehr die innerhalb der gesetzlich bestimmten Grade vorkommende Vermengung der Familiennamen wird als Thatbestand der ehelichen Affinität erklärt und analog sogar als Grundlage der Sponsalaffinität angenommen (vgl. S. 271 oben). Als ratio legis jedoch erscheint in beider Richtung noch die εὐπρεπεία γάμου als Motiv des Gesetzgebers hervorgehoben. Dass diese weitgehende Wirkung der Sponsalien schon in der in Rede stehenden Zeit auf das eingesegnete Verlöbnis beschränkt gewesen, dass also die Gleichstellung von Sponsal- und ehelicher Affinität als eine canonische Wirkung der Weihe betrachtet und ohne diese nicht angenommen wurde, muss gegenüber Zhishman direct verneint werden; es sei nochmals (vgl. oben S. 218) betont, dass keine Quelle dieser Periode der Euchologie als kirchlicher Form und Voraussetzung der canonischen Wirkungen des Verlöbnisses auch nur annähernd Erwähnung thut.

γ. Die Synodaldecrete Johannes' VIII. Xiphilinus, Patr. Const. (1066/67).

63. Die angeführten Quellenzeugnisse, welche sämmtliche den ersten Decennien des elften Jahrhunderts entstammen, ergeben endlich, dass die Lehre der Sponsalaffinität, bezw. die daraus abgeleiteten Eheverbote bereits Gegenstand lebhafter Discussion geworden waren. Von nun an tritt die Entwicklung dieser Doctrin in ein neues Stadium, welches auf Seite der Kirche durch das Bestreben charakterisirt ist, den eigenen Standpunkt positivrechtlich zum Ausdruck zu bringen, auf Seite des Staates

[1]) Vgl. XLIX c. 13, 18, 33; vgl. oben S. 255 A. 2.
[2]) Vgl. l. c. c. 27.

jedoch mit einer Reform abschliesst, welche die immer schärfer werdenden Gegensätze zwischen canonischer und civilrechtlicher Lehre, sowie zwischen der von den Basiliken festgehaltenen Auffassung des alten justinianischen Rechtes und dem Standpunkte der Novellengesetzgebung der byzantinischen Herrscher seit Leo phil. durch eine vermittelnde Entscheidung zu versöhnen sucht.

Schon Eustathius Patr. scheint auf einen Schulstreit anzuspielen, welcher wohl eine Controverse zwischen Civilisten und Kanonisten war und sich auf die Frage bezieht, ob nicht die Lehre von der Sponsalaffinität vollständig analog zu behandeln sei, wie jene von der Schwägerschaft im Tomus Sisinnii geregelt wurde, und ob nicht wegen der allgemeinen Gleichstellung von Brautstand und Ehe man in den dort normirten Eheverboten auch jene wegen Sponsalaffinität inbegriffen sehen müsse. Während nach des Eust. Patr. Zeugnis die Civilisten für die Einschränkung sämmtlicher Verbote auf die vom Gesetze normirten Fälle und Grade plaidirten, gelang es der kirchlichen Jurisprudenz, für ihre weitergehende Doctrin zwei besondere Synodaldecrete zu provociren. Inhalt und rasche Aufeinanderfolge dieser Entscheidungen bezeugen, wie sehr man an massgebender Stelle die Nothwendigkeit einer endgiltigen Regelung dieser Frage empfand. Zunächst beschäftigte sich eine vom Patriarchen von Constantinopel, Johannes VIII. Xiphilinus am 26. April 1066 in Gegenwart von 27 Bischöfen abgehaltene Synode ausschliesslich mit dem Thema, zum Tomus des Sisinnius eine Ergänzung in dem Sinne zu schaffen, dass in Bezug auf ehehindernde Affinitätswirkung die Sponsalien der Ehe ganz gleich zu stellen seien. Das hierüber erflossene Decret [1]) geht

---

[1]) M. P. G. 119, 755, Σ. V, 51, Zachariae, gr. r. Rg. S. 67 n. 215, 75, Zhishman S. 36, 144, 185, 362. Beginn des Decrets oben S. 265, Anm. 1, sodann: ἐκράτησε δὲ καὶ μέχρι τῆς δεῦρο, τὸν μνηστευσάμενον κόρην, καὶ ἢ θανάτῳ ταύτην ἀποβαλόντα, ἢ διαζυγίῳ, ἢ συναινέσει καὶ προστίμων καταβολῇ, εἶτα ἑτέραν ἀγαγόμενον, μὴ δύνασθαι ἱερέα ἢ διάκονον ἢ ὑποδιάκονον χειροτονεῖσθαι, δίγαμον δηλαδὴ λογιζόμενον· ἔδοξε καὶ νῦν τῇ ἡμῶν μετριότητι καὶ πάσῃ τῇ ἐνδημούσῃ ἱερωτάτῃ συνόδῳ, τοῦ κρατεῖν ἐπὶ πάντων τῶν ἀθεμίτων καὶ κεκωλυμένων... (Fortsetzung S. 216 A. 1). Nach einem

davon aus, dass der T. S. nichts über das Verlöbnis enthalte. Da aber schon das Civilrecht ehehindernde Affinitätswirkungen der Sponsalien kenne — hiezu wird die einschlägige Institutionenstelle mit dem bekannten corrumpirten Texte [1]), ferner das in Prochiron VII, 10 [2]) enthaltene Verbot mit der μνηστὴ τοῦ θετοῦ υἱοῦ citirt, — da ferner nach altem kirchlichen Gebrauche anderweitige Heirat nach gelöster Verlobung bigam mache und die Ordination hindere [3]), so müssten auch die Eheverbote wegen Incest nicht nur dann gelten, wenn Hochzeit und Einsegnung erfolgt sei, sondern auch dann, wenn eine blosse Verlobung in gesetzlich giltiger Weise stattgefunden habe, aber die Ehe nicht vollzogen, sondern aus irgend einem Grunde gelöst wurde. Es sei daher nicht erlaubt, „dass einer der beiden Verlobten einer durch Verwandschaft ihm nahegetretenen Person (nämlich dem Blutsverwandten des anderen Brauttheils) — aus welcher Ursache ja das Eheverbot entstehe oder sei es, dass auf andere Weise die Nichtigkeit (der Ehe) bewirkt werde — zu rechtskräftiger und durch die weltlichen Gesetze gebilligter Ehe verbunden werde, noch auch, dass nach den θεῖοι κάνονες der Vertrag als Ehe anerkannt werde und zu Recht bestehe. Denn

---

Hinweise auf die Lösung durch Conventionalstrafe und auf den Umstand, dass selbst in diesem Falle die Wirkung der Bigamie eintrete (oben S. 138 A.), ferner darauf, dass dies auch für den weiblichen Theil gelte, schliesst das Decret mit der präcisen Norm: Διαῤῥήδην τοίνυν ἀποφαινόμεθα, ὅσα καὶ οἷα πρόσωπα ἀπὸ τῶν πολιτικῶν νόμων ἢ ἀπὸ τῶν θειῶν κανόνων ἢ ἀπὸ τοῦ δηλωθέντος συνοδικοῦ τόμου (Sisinnius) ἢ ἀπὸ ἑτέρου τοῦ περὶ τριγαμίας (Tomus unionis, oben S. 190 A. 1) συνοδικοῦ τε ἅμα καὶ βασιλικοῦ θεσπίσματος, εἰς γάμου κοινωνίαν κεκώλυται, τὰ αὐτὰ καὶ ἐπὶ τῶν μνηστειῶν τὴν κώλυσιν ἐναργεστάτην ἔχειν καὶ μηδὲν εἶναι γάμον τε καὶ μνηστείας διάφορον, εἰς σύστασιν τοῦ θεμιτοῦ καὶ ἐῤῥωμένου. Vgl. oben S. 173, 216, 230 fg.

[1]) Oben S. 123 fg.

[2]) Oben S. 124 fg.

[3]) Oben S. 176 und Anm. 3, S. 178 Anm. Es sollte mit Anführung dieser kirchlichen Lehre wohl bewiesen werden, dass auch in der Kirche eine rechtsgiltig gelöste Verlobung Wirkungen äussern könne. Der trull. Kanon konnte nämlich nur für die Gleichstellung von Ehe und bestehenden Verlöbnis citirt werden.

rechtsgiltige Sponsalien hätten die Bedeutung und die Natur der Ehe". Die Synode fasste ihren Beschluss in der Formel zusammen: dass alle Personen, welche durch das Civilrecht oder die Kanones, durch den tomus Sisinnii oder den tomus unionis (ao. 921, Kaiser Constantin Porphyrogen. u. Romanus L. I.) an der Ehe gehindert werden, dieses Verbot auch bei (vorausgegangenen?) blossen Sponsalien zu beachten hätten, dass also kein Unterschied bestünde zwischen Ehe und Verlöbnis hinsichtlich der Rechtsgiltigkeit und Erlaubtheit ihrer Abschliessung.

Es ergibt sich somit aus dieser Synodalentscheidung, dass als Grundlage der nunmehr allgemein dem Ehehindernisse der Affinität gleichgestellten ehehindernden Wirkung der Sponsalaffinität die Gleichbewertung von Ehe und Verlöbnis betrachtet wurde. Der dispositive Theil des Decretes bezeugt, dass es der Synode darum zu thun war, diese Gleichstellung für jede ehehindernde Wirkung auszusprechen, ob sie nun auf der ratio affinitatis oder der ratio ligaminis oder auf dem Verbote der dritten Ehe beruhe. Es war also beabsichtigt, sämmtliche negativen Wirkungen der Ehe auch auf die Sponsalien zu übertragen und so eine Erweiterung der im trull. Kanon zuerst gegebenen Formulirung dieser Lehre zu schaffen. Durch den Schlusssatz der Entscheidung werden wir lebhaft an die Sentenz des Juristen Paulus in l. 60 § 5 D. 23, 2 [1]) erinnert und wir können denselben eigentlich als eine Umschreibung des Ausspruchs Modestins in l. 15 D. 23, 2 [2]) bezeichnen. Abgesehen von der ziemlich unklaren Stilisirung des Motivenberichts des Decrets muss auffallen, dass in demselben des trull. Kanons sowie der einschlägigen Sätze des weltlichen Dotalrechts keine Erwähnung gethan wird, obwohl diese Normen die Motivirung des ausgesprochenen Princips wesentlich unterstützt hätten.

Diese Lücke auszufüllen und die Fassung des Decrets klarer zu gestalten, scheint der Zweck eines im darauffolgenden Jahre (Synodalsitzung vom 19. März 1067) erflossenen Decrets gewesen

---

[1]) Siehe oben S. 56.

[2]) Oben S. 53.

zu sein. Dasselbe [1]) ist ohne Zweifel viel klarer als das vorausgegangene und erörtert nicht nur die Frage der Ungiltigkeit einer Ehe in Folge bestehender Sponsalaffinität, sondern formulirt das Eheverbot auch präciser. Zur Motivirung so weitgehender Gleichstellung von Verlöbnis und Ehe wird diesmal auch der trull. Kanon herangezogen und die civilrechtlichen Eheverbote wegen Sponsalaffinität durch die Sentenz des Paulus

[1]) M. P. G. 119, 758, Σ. V, 53, Zhishman, l. c., Zachariae, l. c.: Τῇ αὐτῇ ἡμέρᾳ τῶν συγκλητικῶν ἁπάντων ὑποχωρησάντων, ἐλθόντος δὲ καὶ τοῦ μητροπολίτου Πατρῶν καὶ συγκέλλου Νικήτα, προετέθη τὸ τῆς μνηστείας ἀμφιβαλλόμενον, εἴ γε χρὴ ἐν τοῖς γαμικοῖς συναλλάγμασιν, ἔνθα συγγενείας ἐστὶ νόμος κώλυσιν ἐπάγων, ἀντὶ γάμου ταύτην λογίζεσθαι; καὶ ἢ ἐπιτρέπεσθαι τὸ μετὰ τοῦτο μέλλον προβῆναι συνοικέσιον, ἢ ἀποτρεπεσθαι ὡς ἄθεσμόν τι καὶ νόμοις ἐναντιούμενον καὶ θείοις κανόσι προσκόπτον. Καὶ ἠρωτήθησαν οἱ παρουσιάζοντες ἅπαντες πανιερώτατοι ἀρχιερεῖς καὶ εἶπον κοινῇ γνώμῃ κατὰ τὸ ἀναμφίβολον, κωλυτέον εἶναι τὸ συνάλλαγμα, ἔνθα μνηστείας προβάσης καὶ γάμου μὴ ἀποκολουθήσαντος, πρός τι πρόσωπον ἢ ἀπὸ συγγενείας ἢ ἀπὸ ἀγχιστείας προφανοῦς εἰργόμενον, μέλλει ἕτερον τελεσθῆναι συνάλλαγμα· τοῦτο μὲν, τοῦ ἐνενηκοστοῦ ὀγδόου κανόνος τῆς ἁγίας οἰκουμενικῆς ἕκτης συνόδου (98. trull. Kan.), οὕτω κατὰ ῥῆμα διαλαμβάνοντος· „Ὁ τὴν ἑτέρῳ μνηστευθεῖσαν ἔτι τοῦ ἀνδρὸς ζῶντος εἰς γάμον ἀγόμενος, τῷ τῆς μοιχείας ὑποκείσθω ἐγκλήματι . . . (Fortsetzung oben S. 173 A. 1 u. S. 265 A. 1). Δῆλον οὖν καὶ ἐπὶ τούτου, ὡς ἀντὶ γάμου τὴν μνηστείαν οἱ νομοθέται ἔθεντο καὶ ἄθεσμον τὸ συμβαῖνον ἡγήσαντο καὶ μὴ οἷόν τε συνάπτεσθαι ἐθέσπισαν. Καὶ ταῦτα ἐπὶ ἀγχιστείας. Μετὰ γὰρ τὸ ἀριθμήσασθαι τὰς ἐξ αἵματος κωλύσεις ἐπάγουσι· „Εἰσὶ δὲ καὶ ἕτεροι, οὐ διὰ θεσμὸν συγγενείας, διὰ δὲ ἀγχιστείαν μὴ προβαίνοντες“ (Inst. I, 10 § 6 = l. 1 B. 28, 5). Καὶ ἐν τῷ καταλόγῳ τῶν τοιούτων κωλυμάτων συντάττονται καὶ τὰ εἰρημένα κεφάλαια. Καὶ οἱ συμπαρόντες πανιερώτατοι ἀρχιερεῖς τῇ τοιαύτῃ κανονικῇ τε καὶ νομικῇ γνώμῃ ὡμολόγησαν καὶ μηδέν τι ἐναντίον φρονεῖν ἢ πράττειν, ὁμοφώνως ἐξεῖπον. Ἐπεὶ καὶ ἐν ταῖς εἰς ἱερωσύνην παραγγελίας οὕτω ποιεῖν καὶ χειροτεθεῖν ἔφασαν, ὡς ὅτε τις μνηστευσάμενός τινα καὶ μὴ κατὰ γάμον συναφθεὶς, ἀποσταίη ταύτης οἱῳδήποτε τρόπῳ, εἶτα ἑτέρῳ νομίμῳ γάμῳ συναφθῇ οὔτε ἱερως χειροτονίαν δέχεται, οὔτε χειροτονούμενος ἴσως ἐξ ἀγνοίας ὠφέλειάν τινα ἔχει, ἀλλὰ τῆς ἱερωσύνης, ὡς δίγαμος ἀλλοτριοῦται. Ἐπεὶ καὶ τὴν ἑτέρῳ μνηστευθεῖσαν εἴ τις ἀγάγηται, εἰς ἱερωσύνης βαθμὸν ἐμποδίζεται ἀναβαίνειν. Οὕτω καὶ γινώσκειν καὶ λέγειν ὁμοῦ πάντες κατέθεντο καὶ οὕτω πράττεσθαι ἐκ παντὸς χρεὼν ἐξεφώνησαν.

bezw. durch dessen Citat einer Norm des Kaisers Augustus ergänzt (l. 14 § ult. D. 23, 2 = l. 1 th. ult. Bas. 28, 5). Mit Nachdruck wird hervorgehoben, dass diese aus dem Verlöbnisse abgeleiteten Eheverbote sich unvermittelt unter die Ehehindernisse wegen wirklicher Affinität eingeschaltet finden, daher vom Gesetze als Affinitätsverbote betrachtet würden. Nach nochmaligem Hinweise auf die Bigamie begründende Verlöbniswirkung constatirt das Decret zum Schlusse, dass sich die Synode einstimmig für das Eheverbot der Sponsalaffinität als einer „κανονικὴ καὶ νομικὴ γνώμη" ausgesprochen habe. Die wiederholte Constatirung dieses Factums mag vielleicht im Zusammenhang stehen mit der im Eingange der Entscheidung enthaltenen bezeichnenden Bemerkung, dass dieses Thema aufgeworfen wurde, „als sich die Senatoren entfernt hatten". Möglicherweise haben wir hierin eine Andeutung dafür zu finden, dass die zuerst als anwesend bezeichneten Vertreter der weltlichen Gesetzgebung (ἐν τῷ μικρῷ σεκρέτῳ, συνεδριαζόντων αὐτῷ καί τινων ἀρχόντων συγκλητικῶν) mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden waren. Auch im Eingange des ersten Decretes erscheinen sie nicht als anwesend aufgeführt. Auffallen muss, dass der ersten Entscheidung gar nicht Erwähnung gethan wird, vielleicht wegen der unklaren Fassung derselben. In keinem der beiden Decrete ist von eingesegnetem Verlöbnis die Rede [1]), im zweiten nicht einmal von Einsegnung der Ehe. Es wird nur Ehe (γάμος καὶ ἱερολογία, γάμος) dem civilrechtlich giltigen Verlöbnisse (μνηστεία κατὰ τὸν νόμον, μνηστεία νομιμός) gegenüber gestellt und wie aus ersterer, so auch nun aus letzterem das Eheverbot abgeleitet. Darin wird keine Rechtsanalogie, sondern ein Ehehindernis wegen wirklicher Affinität gesehen und sich diesbezüglich auf das Civilgesetz berufen. Dass dieses ähnliche Normen enthalte, somit die Entscheidung nicht bloss eine specifisch kirchliche Anordnung sei, wird mit Nachdruck hervorgehoben. Als massgebende ratio legis nicht nur für die kirchliche, sondern auch für die welt-

[1]) Anderer Ansicht ist Zhishman S. 144. Vgl. das oben S. 216 fg. Gesagte.

liche Gesetzgebung führen beide Decrete, besonders das zweite ausdrücklich die Gleichstellung von Ehe und Brautstand an. Während aber diese für das letztere Forum nur aus den citirten Eheverboten abgeleitet wird, erscheint dieselbe für die Kirche als eine directe Folge des trull. Kanons [1]) und die ausgesprochenen Ehehindernisse als eine Analogie zu den Ordinationsverboten hingestellt. Es sei nämlich nicht nur jener ordinationsunfähig, der nach gelöster eigener Verlobung eine andere geheiratet, sondern auch jener, der die gewesene Verlobte eines anderen zur Ehe genommen habe [2]). Der logische Gedankengang der Entscheidung gipfelt daher in dem Schlusse, man könne ebenso wenig die Verwandte seiner gewesenen Verlobten wie die gewesene Braut eines Verwandten heiraten.

Diese für die kirchliche Lehre von den Eheverboten wegen Sponsalaffinität entscheidend gewesenen Synodaldecrete, welche somit als eine weitere unmittelbare Folge der canonischen Gleichstellung von Ehe und Brautstand erscheinen, wurden 13 Jahre später durch eine Goldbulle des Kaisers Nicephor Botaniates vom Jahre 1080 [3]) auch für das Forum des Civilrechts sanctionirt.

δ. Die Reform Kaisers Alexius I. Comn. und deren Resultat in Doctrin und Praxis.

64. Die Decrete des Patr. Johannes VIII. Xiph. scheinen jedoch in der Praxis nicht sehr streng befolgt worden zu sein. Der Widerspruch einer so weitgehenden Wirkung der Sponsalaffinität mit der civilrechtlichen Bedeutung des Verlöbnisses war eben noch zu gross, um nicht eine vielfache Nichtbeachtung dieser canonischen Normen hervorzurufen. Dem vorzubeugen bezweckt schon die erwähnte Bulle des Nicephor Bot. [4]). Dass

---

[1]) Vgl. oben S. 173 A. 1.

[2]) Vgl. oben S. 176 u. A. 3.

[3]) Zachariae J. G. R. III, 388, gr. r. Rg. S. 67 Nr. 115, Σ. V, 278, M. P. G. 127, 1481, Zhishman, S. 145, 363.

[4]) Zachariae, gr. r. Rg. S. 67 n. 115 vermutet dies mit Recht, Ein Hinweis auf den Text der Bulle hätte dies jedoch besser begründet

es der Kirche wirklich nur bei einem sehr geringen Theile (ἡ ἱερωτέρα μερίς) der Gläubigen gelungen ist, diese gänzliche Gleichstellung von Ehe und Verlöbnis einzubürgern und die darauf gegründeten Eheverbote geltend zu machen, bezeugt am besten die vom Nachfolger Nicephor's, Kaiser Alexius I. Comn., erlassene Novelle aus dem Jahre 1084.

Auch die einfache civilrechtliche Sanction der canonischen Lehre hatte sich bei den obwaltenden Verhältnissen als eine zu energische Massregel erwiesen, um dem bestehenden Gegensatze zwischen kirchlicher und civilrechtlicher Auffassung ein Ende zu machen. Dies bewog Kaiser Alexius I. Comn. in einer grossen Reformnovelle einen versöhnenden Mittelweg einzuschlagen, auf dem er beiden Doctrinen gerecht zu werden suchte.

Im Eingange der Novelle [1]) klagt Kaiser Alexius darüber, dass durch die Decrete des Johannes Xiph., welche die früher getrennten Begriffe von Sponsalien und Ehe vereinigt habe, grosse Verwirrung in der Praxis hervorgerufen worden sei, so dass das gewöhnliche Volk, welches den tieferen Sinn dieser Entscheidungen nicht begreife, über Begriff und Bestärkungsmittel des Verlöbnisses ganz im Unklaren sich befinde und oft direct gegen die kirchliche Norm verstosse, indem, wie er später hinzufügt, Verbindungen mit Verwandten der Verlobten willkürlich

als die von ihm citirten Entscheidungen des Patr. Theodosius (ao. 1179, also ein Jahrhundert später erflossen und aufgenommen im Comm. Balsamons ad c. 68 u. 69 ep. can. Basil. M. P. G. 138, 766, Σ. IV, 223, 227), welche (nur die erstere gehört hieher) eine ganz singuläre Ansicht vertreten, vgl. unten S. 292. Die Behauptung Zhishman's, dass diese Bestätigung auf Anregung des Patr. Cosmas I. erfolgt sei, hat viel Wahrscheinlichkeit für sich. Nach der Mittheilung in der 7. Nov. Kaisers Alexius I. Comn. (ex 1084, Zach. J. G. R. III, 379 vgl. w. u. S. 283 A. 1) scheint die Verlobung zweier Brüder mit zwei Geschwisterkindern den Anlass zur Bulle des Nicephor Bot. gegeben zu haben. Die Bulle selbst enthält die bezeichnende Bemerkung, dass die Bestätigung der canonischen Lehre für das Civilrecht auf Verlangen vieler erfolge, um die Umgehung oder Nichtbeachtung der kirchlichen Vorschrift zu verhindern.

[1]) Abgedruckt bei Zach. J. G. R. III, 361 (Coll. IV. Nov. 24), enthalten auch im Scholion Balsamon ad Photii Nomocanon XIII, 2 (Σ. I, 284, M. P. G. 104, 1181). Vgl. oben S. 234 Anm. und Zhishman, S. 203, 363, 365.

vorkämen [1]). Um nun den Widerspruch zwischen dem älteren byzant. Rechte und der Novelle Nicephors bezw. der kirchlichen Lehre zu beseitigen, stellte Alexius I. Comn. in der bereits (oben S. 232 fg.) ausführlich besprochenen Weise den eigentlichen Begriff des Verlöbnisses fest, indem er ihn auf die benedicirten μνηστεῖαι einschränkte, und verfügte zugleich, dass nur bei diesen die kirchlich gelehrte Gleichstellung mit der Ehe und die Ableitung von Eheverboten gleich jenen wegen eigentlicher Affinität eintreten solle. Diese besondere Wirkung wird von Alexius ausdrücklich als eine Folge der kirchlichen Weihe erklärt, welche nunmehr auch bei der Verlobung stattzufinden habe. Jene Sponsalien, welche vor dem durch Leo phil. vorgeschriebenen Alter und ohne Einsegnung stattfinden würden, seien weder als eigentliche Verlöbnisse zu betrachten noch sollten darauf die Synodaldecrete des Johannes VIII. Xiph. Anwendung finden. Für diese einfachen wie sonstige durch Stipulation bekräftigte Privatrechtsgeschäfte zu beurtheilenden Eheversprechen kämen nur das alte Recht Justinians und die Basiliken in Betracht. Zur weiteren Begründung dieser wichtigen Entscheidung führt Alexius an: es behielten auf diese Weise sowohl das alte Verlöbnisrecht, als auch die civilrechtlich sanctionirten Decrete des Johannes VIII. Xiph. ihre Geltung. Für die Anwendung letzterer aber sei nun die Pubertät und die kirchliche Benediction als Erfordernis

[1]) Die Novelle beginnt (Einleitung Balsamons lautet: Ἐπὶ τούτοις γίνωσκε ὅτι πρὸ μὲν τῆς βασιλείας τοῦ ἀοιδίμου βασιλέως κυρίου Ἀλεξίου τοῦ Κομνηνοῦ ἄλλως ἐγίνοντο αἱ μνηστεῖαι, κατὰ δὲ τὸν Ἰούλιον μῆνα τῆν ζ΄ἰνδικτιόνος τοῦ ζφθ΄ἔτους ἀπελύθη νεαρὰ νομοθεσία τοῦ αὐτοῦ βασιλέως οὕτως ἔχουσα): Ἡ μὲν παλαιὰ καὶ πρεσβυτέρα νομοθεσία πόρρω τὰ μνηστείας καὶ γάμου ὁρίσματα ἔθετο. Καὶ μᾶλλον τούτων τὸ μέρος ἤπερ τὰ Φρυγῶν καὶ Μυσῶν ἡ παροιμία ἐγνώρισε. Ἡ δὲ ἐπὶ τοῦ μακαρίτου πατριάρχου κυρίου Ἰωάννου τοῦ Χιφιλίνου συνοδικῇ διασκέψει συντελεσθεῖσα σημείωσις, ᾗ καὶ ὁ ἐν βασιλεῦσιν ἀοίδιμος κύριος Νικηφόρος ὁ Βοτανειάτης διὰ χρυσοβούλλου γραφῆς τὸ κῦρος εὑρίσκεται χαρισάμενος, τὰ διεστῶτα χωρὶς ἀλλήλων εἰς ἓν συνάπτουσα φαίνεται· κἀντεῦθεν, ὅπερ ἐπὶ τῶν γάμων ὁ συνοδικὸς ἐθέσπισε τόμος, τοῦτο ἐπὶ τῆς μνηστείας διαῤῥήδην αὐτὴ ἀποφαίνεται, δύο ἀδελφοῖς ἐξαδέλφας δύο μὴ ἐφιεῖσα μνηστεύεσθαι. (Fortsetzung oben S. 217 A. 2, vgl. S. 232 A. 1).

aufgestelltt, denn nur dann könne man von (kirchlich und nun auch civilrechtlich) vollgiltigen Sponsalien sprechen. Im Interesse der Reinerhaltung des Verlöbnisses überhaupt müssten aber auch die Verbote des alten Rechtes für die nicht benedicirten Eheversprechen beibehalten werden, denn auch diese unvollkommenen Sponsalien seien gewissermassen Grundlage der Ehe (vgl. S. 235 u. 285 Anm.). Durch diese Unterscheidung der Sponsalien endlich wäre nicht nur der bestehende Widerspruch beseitigt, sondern auch die Nothwendigkeit vermieden, entweder die Bulle Nicephors oder die ganze alte civilrechtliche Verlöbnislehre aufzuh eben [1]).

---

[1]) In Fortsetzung der S. 283 A. 1 u. S. 217 A. 2 citirten Stellen lauten die Hauptsätze dieser Reformnovelle folgendermassen: Ἡ δὲ τῆς ἡμετέρας βασιλείας εὐσέβεια ἐπιστατικώτερον ἐπίβαλοῦσα τῇ διασκέψει καὶ τῇ ἐναντιοφανείᾳ καλῶς διαιτήσασα ἀρίστην τὴν συμφωνίαν διὰ τῆς παρούσης νομοθεσίας ἐξεύρηκεν . . . (folgen die S. 137 Anm., S. 228 Anm. 1 u. S. 222 A. 1) citirten Stellen) ἐξετέθη . . ., ὃν δήπου χρόνον καὶ πρὸς γαμικὴν συναυλίαν τελείαν ἀποχρώντως ἔχειν ὁ παλαιὸς νόμος ἐπέσκεψε δεῖν, ἔγνω διὰ τοῦ παρόντος θεσπίσματος τὸ ἡμέτερον κράτος ἀσφαλῶς ἀποφήνασθαι ἐκείνας εἶναι κυρίως μνηστείας καὶ ἰσοδυναμούσας τῷ γάμῳ κατὰ τὴν συνοδικῆς ἀκριβείας διάσκεψιν, ὅσαι καὶ τὸν χρόνον ὃν ἡ βασιλέως κυρίου Λέοντος θεσμοθεσία ὡρίσατο ἀκέραιον ἔσχον καθ'ἑαυτὰς, καὶ τὴν ἱερὰν εὐλογίαν ἐπακολουθοῦσαν ἐγνώρισαν καὶ ἐπ'ἐκείνων τὴν τοῦ συνοδικοῦ τόμου κρατεῖν ἀφείλειν παρατήρησιν. Εἰ γὰρ καὶ θάτερον ἴσως τῶν συμβαλλόντων μερῶν θανάτῳ ἢ περιστάσει τύχης ἑτέρᾳ ἢ γνώμης μεταβολῇ ἀποδιαστῆναι συμβαίη καὶ πρὸς ἑτέρου βίου συγκλήρωσιν μετατάξασθαι, οὐκ ὀλίγον . . . (Fortsetzung S. 222 A. 1). Εἰ δὲ μνηστεῖαί τινες κατὰ τὴν τῶν πολλῶν συνήθειαν ἀκολούθως ἤδη γεγόνασιν καὶ συμβόλαια μὲν ἐξετέθησαν, οὔπω δὲ ὁ τακτὸς καιρὸς καθ'ὃν ἡ τοῖς Χριστιανοῖς ὀφειλομένη εὐλογία εἴωθε γίνεσθαι, καὶ οὐδὲ αἱ συνήθεις ἐπὶ τοῖς μνηστευσαμένοις εὐχαὶ διὰ τοῦ ἱερέως ἐξεφωνήθησαν . . . (Fortsetzung S. 141 Anm.) πάγιον. Τούτῳ γὰρ τῷ τρόπῳ καὶ ὁ πρεσβυγένης φυλαχθήσεται νόμος ἀκέραιος ὡς ἐπὶ τῶν μνηστειῶν τὸ πρώην ἐξεφωνήθη, καὶ ἡ τῆς συνόδου διάγνωσις ἀθιγὴς καθόλου καὶ ἀνηπιχείρητος συντηρηθήσεται νοουμένη καὶ ἑρμηνευομένη κατὰ τὴν ἐνταῦθα παρατήρησιν. Ἐπεὶ δὲ οὕτω ταῦτα καὶ μνηστεῖαι μὲν ἀληθεῖς ἐτυπώθησαν, ὅσαι μετὰ τῆς ἱερᾶς εὐλογίας κατὰ τὸν ὡρισμένον καιρὸν συντελεσθεῖσαι γνωρίζονται· αἱ δὲ κατὰ τὴν πρεσβυτέραν νομοθεσίαν γινόμεναι ὡς ἀνθρώπων ἀρέσκει κατηφαλισμέναι δι'ἐπερωτήσεων τὸ ἐνεργὸν ἔχειν ἀφείθησαν. Καὶ μόνος ὁ παλαιγενὴς ἐπὶ τούτων ἀφείθη νόμος κρατεῖν ὡς ὡρισμένα τὰ κεκωλυμένα ἐπὶ τὴν ἀποζυγεί-

Es ergibt sich somit zunächst, dass diese Novelle gerade durch die in den Decreten des Johannes VIII. Xiph. formulirte kirchliche Lehre und durch die mit deren civilrechtlicher Sanctionirung unhaltbar gewordene Praxis hervorgerufen wurde. Ihr Hauptzweck ist — neben der endgiltigen Fixirung eines allgemeinen (kirchlich wie civilrechtlich annehmbaren) Verlöbnisbegriffs —

σαν μνηστὴν εἰςέρχεσθαι πρόσωπα διετάξατο· δεῖ τι προθεῖναι καὶ νῦν τῷ παρόντι θέματι τῆς Χριστιανοῖς πρεπούσης εὐκοσμίας ἐχόμενον· ἐπεὶ γὰρ οὖν κατὰ τὸν ἀκριβῆ καὶ προσήκοντα λόγον τὰ τῆς παλαίας τε καὶ νέας νομοθεσίας ἐπράττετο. Ἀλλὰ μέν πολὺς ὄχλος τῆς πρεσβυτέρας τῶν νόμων αὐθεντείας ἐχόμενος μετὰ τὸν ἑπταετῆ χρόνον τελεσιουργῶν τὰς μνηστείας ἀνοποστόλως ἐτύγχανε καὶ ἀδεῶς ἐπὶ τὰς μνηστευομένας εἰσήρχοντο ἕκαστος τῇ συνεχεῖ συνηθείᾳ καὶ τῷ ἐλευθερίῳ τῆς εἰς ὁμιλίαν συνόδου τὸ τοῦ ἔρωτος φλεγμαῖνον προσαναπαίοντες . . . (theilw. Forts. oben S. 141 A.). — Εἰ γὰρ καὶ μὴ μνηστεία ἐστὶ κατὰ τὸ ἀκριβὲς ἐντελὴς τὸ γινόμενον, ἄλλ' ὅτι σκόπον ἔχειν μνηστείας δοκεῖ τὸ πραττόμενον καὶ θεμέλιον γάμου προκαταβάλλεσθαι ἄρχεται, πολὺ ἂν εἴη εὔλογον τὰ κεκωλυμένα τῷ νόμῳ πρόσωπα καὶ αὖθις ἔχειν τὸ κώλυμα καὶ μηδὲν θαρρεῖν νεανιεύεσθαι ἀναιδῶς ὡς εἰς γυναῖκα λαμβάνειν ἀποτολμᾶν, ἣν ὁ παλαιὸς νόμος μνηστὴν τινὸς γινομένην οὐκ ἀφῆκεν ἑτέρῳ, λυομένων τῶν μνηστείων, κατὰ γάμον συνέρχεσθαι . . . (vgl. S. 189 A., 233 A.). Οὕτω γὰρ τῆς ἀκολουθίας προβαινούσης ἐν γάμοις, ὅτε ὁ παλαιὸς νόμος φυλαχθήσεται ὡς κεκωλυμένων προσώπων ἀπαρίθμησιν ἐποιήσατο μὴ ἐφιεὶς ταῦτα εἰς τὴν ἀποζευχθεῖσαν μνηστὴν τοῦ ἐγγίζοντος προσώπου εἰσέρχεσθαι, καὶ τὸ νεαρὸν τοῦ φιλοσοφωτάτου διατ· κοσμίως ἐν ἅπασι δόξει κρατοῦν καὶ πολιτευόμενον· καὶ τὰ συμβάλλοντα πρόσωπα τῶν ἀώρων ἀπρεπῶν κωλύμενα συνελεύσεων ἀγνεύουσαν ποιήσονται τὴν ἀναστροφὴν ἐν εὐθέτῳ καιρῷ μεθ' ἱερᾶς ἐπικλήσεως εἰς ἄλληλα συνερχόμενα, ὁπηνίκα δὲ ἢ μνηστείαν καὶ γάμον αὐτοῖς καταρτίζεσθαι. Καὶ εἴ τις παρὰ τὰ διηγορευμένα τῇ παρούσῃ τοῦ κράτους ἡμῶν διατ· μνηστείας τολμήσει διαπράξασθαι — καὶ ἀῤῥαβῶνας πρὸ τοῦ νενομισμένου (καιροῦ) καὶ τῆς ἱερᾶς ἱερολογίας τολμήσει διαπράξασθαι ἢ καὶ εἰς θέαν ἀλλήλοις ἐφήσει τὰ συναλλάσσοντα συνέχεσθαι πρόσωπα καὶ ἀδιαφορίαν ἔχειν ἐν αὐτοῖς· ὁ μὲν συμβολαιογράφος ὁ τὸ ἀῤῥαβωνικὸν συμβόλαιον ἐκτιθέμενος τῆς ἰδίας στατιῶνος μετακινηθήσεται, οἱ δὲ τὴν μνηστείαν πρὸ ὥρας κατεργαζόμενοι ἀνθρωπίνῳ καὶ θείῳ ἴστωσαν ἑαυτοὺς ἐνοχοποιοῦντας μηνίματι. Ὁ μὲν δημόσιον διὰ τοῦ σεκρέτου τῶν οἰκειακῶν τὸ τοῖς συμβολαίοις ἐγκείμενον ἐξ ἐπερωτήσεως πρόστιμον ἐφ' ἑκάστῳ αὐτῶν εἰςπράξεται καθ' ὁλόκληρον διὰ τὴν τοῦ παρόντος διατ. περιφρόνησιν.

die Einschränkung der Anwendbarkeit dieser Decrete. Die Behauptung Zhishman's S. 363, es enthalte diese Novelle nur eine Wiederholung der Grundsätze, welche in jenen Synodalentscheidungen für die aus dem Verlöbnis abzuleitenden Eheverbote wegen Affinität aufgestellt wurden, ist somit unrichtig. Allerdings musste Zh. zu dieser Auslegung greifen, wenn er seiner Ansicht, es hätte die Verlöbnisbenediction schon lange vor Leo und Alexius bestanden, treu bleiben wollte. Denn die Decrete des Joh. Xiph. hatten jedes Verlöbnis mit so weitgehender Wirkung betheilt. Die Sätze jedoch, womit Kaiser Alexius den Zweck seiner Reform darlegt, sowie der sonstige Wortlaut der Novelle beweisen unwiderlegbar, dass es sich keineswegs nur um eine authentische Interpretation jener Decrete handelt, sondern um eine wesentliche Abänderung der Bedingungen ihrer civilrechtlichen Anerkennung, also um eine Modification der Bulle Kaisers Nicephor Botan. Zhishman, der unbegreiflicher Weise (S. 144 u. S. 363) diesen zweiten Hauptzweck der bezeichneten Novelle gänzlich ignorirt bezw. mit der oben angeführten kurzen Begründung übergeht, erklärt offenbar deswegen die Novelle als eine blosse neuerliche Bestätigung der kirchlichen, schon civilrechtlich sanctionirten Lehre, weil er bereits die Decrete des Johannes Xiphilinus auf die benedicirten Verlöbnisse allein bezieht. Die litera legis ist ihm hiebei, wie auch anderenorts, kein Hindernis. Sollte überhaupt noch ein Zweifel entstehen, dass es sich hier um eine wichtige, einzig und allein auf Kaiser Alexius I. Comn. zurückzuführende Reform handle, so genügt endlich der Hinweis auf die grosse Anzahl späterer Synodaldecrete und Zeugnisse der kirchlichen wie weltlichen Jurisprudenz, welche alle die Betonung des Moments der Einsegnung für die verschiedene Ausdehnung der Eheverbote wegen Sponsalaffinität auf diese Novelle allein zurückführen [1]).

[1]) Man vgl. die oben S. 234 A. 1 cit. Quellen, insbes. Balsamon resp. 7 ad Marc. (Σ. IV, 453, M. P. G. 119, 1038). Nur aus resp. 16 des Bischofs Johannes von Citrum (Ende des 12. Jahrh., M. P. G. 119, 983, Σ, V, 419) könnte man folgern, dass diese Entwicklung auch auf Leo's Novellengesetzgebung zurückgeführt wurde. Es bemerkt jedoch bereits Zachariae gr. r. Rg.

65. Mit dieser energischen Reform war die kirchlich angebahnte Entwicklung wie im allgemeinen, so besonders für diesen Theil des Verlöbnisrechts für das Forum des Civilrechts definitiv abgeschlossen [1]). Dennoch war noch eine Reihe specieller Fragen unberührt geblieben, welche bei der praktischen Anwendung dieser neuen Lehre auftauchen mussten. Schon die (oben S. 225 fg. besprochene) Ergänzungsnovelle desselben Kaisers (1092) sucht die wesentlichen Punkte der Reform präciser zu formuliren. Sie wiederholt Vorgeschichte und Motivirung aus der ersten Novelle in klarerer Fassung, formulirt die Lehre noch einmal, und zwar mit der weiteren Ausdehnung, dass nach Lösung einer Verlobung auch schon eine zweite Verlobung unstatthaft sei mit jenen Verwandten der ersten Verlobten, mit welchen die Ehe verboten sein würde, wenn statt der ersten Sponsalien Ehe geschlossen gewesen wäre [2]). Es war dies nur die nächste Consequenz aus der nunmehr auch civilrechtlich anerkannten vollen Gleichstellung von sponsalia und matrimonium im Sinne des Schlussatzes der ersten Entscheidung des Johannes VIII. Xiph. bezw. alter Sentenzen der klassischen Jurisprudenz (Paulus und Modestin, oben S. 278). Da endlich diese neue Novelle die Dispensationsbefugnis des Kaisers von dem für Einsegnung des Verlöbnisses oder der Ehe vorgeschriebenen Alter besonders betont, ergibt sich nothwendigerweise der Schluss, welchen die Novelle auch ausspricht, dass die Affinitätswirkung der Verlobung auch dann einzutreten hätte, wenn durch eine solche Dispens ein an sich wegen Alters ungiltiges Verlöbnis Rechtskraft erhält [3]). Diese Consequenz hätte nun an sich gar keiner Begründung bedurft.

S. 75 n. 168 richtig, dass die Lage der Gesetzgebung dort irrig aufgefasst werde. Zweifellos bezieht sich der Satz, welcher von Quasiaffinität spricht, nur auf die vorauscitirte Novelle des Kaisers Alexius. Die unklare Verquickung der Reform Leo's mit der Entwicklung der Sponsalaffinität in dieser Novelle mag vielleicht einer seichten Kritik Anlass zu dieser unrichtigen Ansicht gegeben haben. Vgl. Zh. S. 153, 185 und Proch. auct. I. 28, 30 (Zach. Proch. p. CLXXVIII).

[1]) Hiezu die Ausführungen oben S. 236 fg.

[2]) Vgl. Zhishman S. 363. Zach. J. G. R. III, 379.

[3]) Zach. l. c. III, 382: Ἀλλὰ κἂν ὁ ποτὲ βασιλεὺς . . . κρατεῖ.

Ihre Anführung in der cit. Novelle gab später vorübergehend (vgl. aber unten S. 292) der Kirche willkommene Gelegenheit, Affinitätswirkung auch für alle jene Verlöbnisse anzunehmen, welche civilrechtlich aus irgend einem Grunde nicht als wahre Sponsalien galten. Diese weitere Auffassung ist sehr spät entstanden und wahrscheinlich auf Balsamon zurückzuführen. Noch Bischof Nicetas von Thessaloniche entscheidet anfangs des zwölften Jahrhunderts einen Fall [1]) dahin, dass die Ehe zwischen der Tochter eines Mannes und dem Geschwisterkinde seiner früheren Verlobten erlaubt sei, wenn diese sponsa, die vor der ἱερολογία starb, unmündig gewesen war. Doch ist diese Entscheidung insoferne unklar, als man nach dem Eingange derselben an ein einfaches Eheversprechen, nach der im Schlussatze angeführten Altersgrenze jedoch an ein benedicirtes Verlöbnis denken könnte. Letztere Annahme hat mehr Wahrscheinlichkeit für sich. Von einer späteren ähnlichen Entscheidung des Patr. Theodosius wird weiter unten noch die Rede sein.

In den in diese Zeit fallenden civilrechtlichen Privatcompendien (Anfang des 12. Jahrh.: Ecloga ad Prochiron mutata, Ecloga privata aucta [2]) sucht man übrigens vergeblich eine Bezugnahme auf die Novellen des Kaisers Alexius. Auch Aristen, dessen Commentar [3]) ebenfalls dieser Zeit an-

---

[1]) Resp. 15 (M. P. G. 119, 1010, Σ. V, 388). Zachariae, gr. r. Rg. S. 35, Zhishman übergeht diese Entscheidung. Nicetas lebte unter Leo Styppes und Patr. Johannes Comnenus (ca. 1118). Der massgebende Passus der resp. lautet: Ἠρώτησας, εὐλαβέστατε, ὅτι Τρύφων τις, οὕτω καλούμενος, ἐμνηστεύσατο κόρην ἀτελῆ τὴν ἡλικίαν οὖσαν· καὶ μήπω ἱερολογίας γενομένης μηδὲ συναφείας, ἐτελεύτησεν ἡ κόρη· καὶ ἔλαβεν ὁ Τρύφων ἑτέραν γυναῖκα καὶ τέτοκε θυγατέρα. Καὶ ἡ θυγάτηρ αὕτη τοῦ Τρύφωνος συζεύγνυται τῷ πρωτεξαδέλφῳ τῆς κόρης ἐκείνης, ἥτις, προμνηστευθεῖσα τῷ Τρύφωνι, ἐν ἀτελεῖ τῇ ἡλικίᾳ τετελεύτηκε· καὶ ἐζήτησας μαθεῖν, εἰ κωλύεται τὸ τοιοῦτον συνάλλαγμα. Καὶ ἰδοὺ γράφομέν σοι, ὅτι ἐὰν ἀτελὴ ἦν ἐκείνη ἡ μνηστή, καὶ οὔπω δεκτὴ γάμου, παράνομος ἦν ἡ μνηστεία, καὶ ἀντ' οὐδενὸς λογισθήσεται. καὶ οὐκέτι κώλυμα οὐδὲν εἰς τὸ τοιοῦτον συνάλλαγμα· καὶ ἡ θυγάτηρ τοῦ Τρύφωνος ἀκωλύτως λαμβάνει τὸν πρῶτον ἐκείνης ἐξάδελφον. Vgl. oben S. 273.

[2]) Zach. J. G. R. IV, id. gr. r. Rg. S. 36, Zhishman S. 64.

[3]) Σ. I—IV. M. P. G. 137 u. 138.

gehört, erwähnt derselben nirgends. Die civilistische Jurisprudenz scheint sich mit denselben, vielleicht wegen ihrer Connivenz gegen die kirchl. Doctrin, nicht befreundet zu haben. Nur die Synopsis minor (ca. 1165) enthält einige Scholien, welche den Inhalt der Alexianischen Reform kurz wiedergeben. Erst in der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts beginnt sich die Jurisprudenz, namentlich die kirchliche, mit den zwei offenbar missverstandenen oder unterschätzten Reformnovellen Kaisers Alexius, soweit sie namentlich die Lehre von der Sponsalaffinität betreffen, näher zu beschäftigen. Es finden sich aus dieser Zeit vier Synodalentscheidungen, deren widersprechende Sentenzen die unsichere Anwendung jener Novelle deutlich illustriren. So spricht sich ein Decret des Patr. Nicolaus Muzalon aus dem Jahre 1147 (unter Kaiser Manuel Comnenus [1]) direct gegen die Gleichstellung von Ehe und Verlöbnis in so weiter Ausdehnung aus und entscheidet mit dieser Begründung, dass eine Ehe deswegen nicht verboten werden könne, weil die Schwester des Ehewerbers mit einem Geschwisterkinde desselben verlobt sei. Balsamon, ein Zeitgenosse jenes Patriarchen, verwahrt sich ausdrücklich in seinem Commentare l. c. gegen diese Entscheidung. Es ist aber nicht richtig, wenn Zh. S. 361 den dort von Balsamon gebrauchten Ausdruck προφανὴς αἱμομιξία καὶ ἀθέμιτος γάμος [2]) auf die wegen Sponsalaffinität zu verbietende Verbindung bezieht. Denn B. fügt an die getadelte Entscheidung des Patr. Nicolaus Muzalon die Bemerkung, es habe zwischen diesen Verlobten keine συνάφεια stattgefunden. Hätte man eine solche vermuthet, so hätte man die Verbindung als Incest verbieten müssen. Obwohl überhaupt zwischen Verlobten keine συνάφεια bestehe, so sei doch darauf hinzuweisen, dass schon nach dem alten Rechte, wo die Verlöbnisse mit Consens geschlossen wurden und nicht, wie jetzt, der Ehe gleichgestellt waren, auf Grund des c. 98 Syn. Trull. und der Basiliken die Verlobte eines anderen bei Ehebruchs-

[1]) Citirt von Balsamon ad c. 69 Basilii (Σ. IV, 227, M. P. G. 138, 767, auch 119, 766), vgl. Zhishman, S. 37, 365, Zachariae, gr. r. Rg. S. 36 und oben S. 242 Anm.

[2]) vgl. oben S. 252 A. 1.

strafe nicht geheiratet werden konnte [1]). Daher die Erlaubnis einer solchen Heirat, wie sie Nicolaus Muzalon aussprach, auch mit Rücksicht auf den besprochenen Kanon 69 Basilii nicht unbedenklich genannt werden könne [2]). Man muss aus dieser Stelle schliessen, dass Balsamon die genannte Patriarchalentscheidung auf das Civilverlöbnis (genauer: nicht benedicirte Verlöbnis) bezog, da sonst seine Bemerkung, dass ohne συνάφεια keine Affinität zwischen den Verlobten bestehe, mit Rücksicht auf die Novellen Kaisers Alexius einfach unbegreiflich bliebe [3]). Denn in einer anderen kirchlicherseits angefochtenen Entscheidung (resp.) ad Marc. [4]) erklärt er selbst, dass benedicirtes Verlöbnis vollkommen der Ehe gleichstehe.

In seinem Commentar ad Photii Nomocanon XIII, 2 [5]) citirt Balsamon noch eine sehr bemerkenswerthe Synodalentscheidung des Patriarchen Michael Anchialus (1169) [6]). In derselben erfolgt die Begründung der Sponsalaffinität mit dem Hinweise darauf, dass nicht die Verbindung als solche, sondern die Weihe die Gleichstellung von Ehe und Verlöbnis in dieser Richtung bewirke. Diesen Satz der Novelle Kaisers Alexius hatte die Kirche bereitwilligst acceptirt. Das Decret sagt jedoch weiter: es gelte das Verbot wegen Sponsalaffinität schon bei Laien bezw. bei einfachen Eheversprechen, wenn es sich nur nicht um ein Alter über 6 Jahren handle, umsomehr also dann, wenn eine Weihe erfolgt sei [7]). Da es sich nun in dem entschiedenen

---

[1]) Aus den Basiliken sind citirt: l. 13 § 7 B. 60, 37 = l. 11 § 7 D. 48, 5, vgl. oben S. 103, und l. 2 B. 60, 58 = Nov. 143, vgl. oben S. 102.

[2]) Vgl. oben S. 252 A. 1.

[3]) Oben S. 265 fg. Balsamons Entscheidungen müssen allerdings, wie schon mehrmals (oben S. 178 A. u. S. 266) bemerkt, mit Vorsicht für die Untersuchung behandelt werden. Es wurde ja selbst von seinen kirchlichen Zeitgenossen wiederholt dagegen Stellung genommen.

[4]) M. P. G. 119, 1038; 138, 958, Σ. IV, 453, Zh. S. 360; vgl. oben S. 224 und S. 241 A. 2.

[5]) M. P. G. 104, 1186, Σ. I, 291.

[6]) M. P. G. 119, 794, Leuncl. J. G. R. I, 230, Zhishman S. 38, 154, 198, 365.

[7]) Vgl. oben S. 178 A.

Falle um die Ehe mit dem Geschwisterkinde, ja allgemein mit der cognata der früheren Verlobten handelt, so haben wir hier eine ganz allgemeine Ableitung der Sponsalaffinität aus dem blossen Civilverlöbnisse, ohne Rücksicht auf die von Alexius I. Comn. ausgesprochene Beschränkung auf die im alten Rechte fixirten Einzelfälle des zweiten Grades. Die Kirche hat somit, wie es scheint, dieses Beharren auf dem Standpunkte des justin. byzant. Rechtes bezüglich des einfachen Eheversprechens zunächst nicht acceptirt, sondern auch hier allgemein Sponsalaffinität angenommen. Es entsprach dies eben den Decreten des Johannes VIII. Xiphil., welche allen Verlöbnissen ohne Unterschied ehehindernde Affinitätswirkung in der vom tomus Sisinnii für die Ehe festgestellten Ausdehnung zutheilten. Balsamon l. c. XIII, 4 [1]) folgert endlich aus der zweiten Novelle des Kaisers Alexius, dass nicht nur aus blossen Civilverlöbnissen, sondern auch aus ungiltigen Sponsalien das Ehehindernis der Sponsalaffinität in der vom Gesetze gegebenen Ausdehnung entstehe. Damit wäre die Jurisprudenz zu dem Grundsatze gelangt, dass wenigstens in dieser Richtung ein wegen Mangel des gesetzlichen Alters ungiltig benedicirtes Verlöbnis wie ein Civilverlöbnis zu beurtheilen sei. Es erinnert dies lebhaft an die Digestensätze, welche eine wegen Alters illegitime Ehe bei vorhergehenden Sponsalien als Verlöbnis bis zum Eintritt der aetas legitima fortbestehen und dann ipso facto convalidiren lassen [2]). Da das benedicirte Verlöbnis principiell in Allem der Ehe gleichgestellt war, so erschien auch obige Folgerung gerechtfertigt, wenn ausser der Benediction noch ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen worden war, der dann als Civilverlöbnis fortdauerte.

Bei Zonares findet sich auffallender Weise, soweit ich sehe, keine Bezugnahme auf die Lehre der Sponsalaffinität. Es scheint

---

[1]) M. P. G. 104, 1194, Σ. I, 300, Proch. auct. bei Zach. Proch. p. CLXXVI.

[2]) Vgl. auch das oben S. 177 Anm. über Bigamiewirkung des Verlöbnisses Gesagte, ferner Peira XLIX, 12, 34 und oben S. 196, 198 A. 1, Zhishman, S. 369, 708.

um diese Zeit in der Kirche selbst eine Reaction gegen so weitgehende Eheverbote wie überhaupt gegen die allgemeine Anwendbarkeit der Decrete des Johannes VIII. Xiphil. eingetreten zu sein, welche Aenderung wir ja auch oben (S. 269 A. 1) bezüglich der eigentlichen Affinitätslehre constatirt haben. So traf noch zur Zeit Balsamons der Patr. Theodosius am 30. Juli 1179 eine Synodalentscheidung [1]), welche eine Ehe mit dem Geschwisterkinde der einstigen Verlobten erlaubte, weil die ersten benedicirten Sponsalien wegen der Unmündigkeit der sponsa ungiltig gewesen waren. Es wird somit aus ungiltigen benedicirten Sponsalien kein Eheverbot mehr abgeleitet. Die Begründung erfolgt mit dem Hinweise auf die Unmündigkeit der ersten Verlobten und auf den Mangel jeglicher Affinität. Balsamon bekämpfte diese Entscheidung, da sie seiner Doctrin widersprach. Auf ihn ist wohl der interpolirte Zusatz am Schlusse der Entscheidung

---

[1]) M. P. G. 119, 795, 1127 (Demetrius Comathenus, vgl. oben S. 248 A.), 1210 (Balsamons Diagnosis). Die sehr verschieden sich vorfindende Entscheidung lautet: Ὁ ἱερώτατος μητροπολίτης Ἄπρω, ἀδελφὸς καὶ συλλειτουργὸς τῆς ἡμῶν μητριότητος, Ῥωμανὸς ὁ Ἀρτάβασθος, ἔγγραφον προεκόμισε συνοδικῶς, τάδε κατὰ ῥῆμα διαλαμβάνων, κόρη τις Εἰρήνη καλουμένη ἔλαβεν εὐχὴν μνηστείας μετά τινος Ἰωάννου δεκαετὴς τότε οὖσα τὴν ἡλικίαν. Λαληθείσης δὲ τῆς περὶ τούτου παρανόμου μνηστείας γέγονε σημείωμα συνοδικὸν (andere Version: διακαστικὸν), ἐπιτρέπον διαζυγῆναι τοὺς τάχα μνηστευσαμένους· διὰ τὸ εἶναι τὴν μνηστείαν (ὡς εἴρηται) παράνομον, ὡς δεῖληπται. Βούλεται γοῦν σήμερον ἡ Εἰρήνη νομίμως συναφθῆναι τῷ Θεοδώρῳ δευτέρῳ ὄντι ἐξαδέλφου τοῦ Ἰωάννου. Καὶ ἐρωτᾷ εἰ ἔχει τινὰ παρεμποδισμὸν· Ἠξίωσεν οὖν τὴν ἡμῶν μητριότητα καὶ τὴν ἱερὰν ἀδελφότητα, μαθεῖν εἴπερ οὐκ ἔχει κωλύμην τινὰ τὸ, περὶ οὗ γέγονεν ἡ γραφὴ, συνάλλαγμα. Ἤκουσε δὲ ἐκ ταύτης καὶ ἐκ τῆς παρουσιαζούσης τῶν ἀδελφῶν ὁμηγύρεως ὅτι τὸ τοιοῦτον συνάλλαγμα πανταχόθεν ἀκώλυτόν ἐστιν. Ἐπεὶ γὰρ ἡ μετὰ Ἰωάννου τελεσθεῖσα μνηστεία ὡς ἀνυπόστατος λύεται, διὰ τὴν τῆς Εἰρήνης ἀνηβότητα καλῶς ἡ Εἰρήνη δευτέρῳ ἐξαδέλφῳ αὐτοῦ κατὰ νόμον γάμου συζευχθήσεται· Οὔτε γὰρ συγγενικὸν πρόσωπον τῇ Εἰρήνῃ λογίζεται ὁ Θεόδωρος οὔτε τοῖς ἐξ ἀγχιστείας δεσμοῖς καὶ ὅροις συσφίγγεται (bei Balsamon: διὰ τὸ ὑπερβῆναι τὸν ἐξ ἀγχιστείας (bei Dem. Comath. ἕκτον) βαθμόν). Die Entscheidung findet sich auch in Balsamons Comm. ad c. 68 Basilii (M. P. G. 138, 764, Σ. IV, 222). Vgl. noch Zh. S. 38, 200, 336, 364. Zachariae, gr. r. Rg. S. 67 n. 115, S. 75 und oben S. 273, 282 Anm. u. 288 A. 1.

zurückzuführen, welcher den Mangel der Affinität mit angeblicher Ueberschreitung des (sechsten) Grades begründet, es ist aber stets nur von δεύτερος ἐξάδελφος die Rede. Die Entscheidung war für jene Zeit jedenfalls eine sehr singuläre, sie knüpfte gegenüber Balsamons excessiver Doctrin an die ältere Lehre wieder an (vgl. oben S. 288: Nicetas Thessalon. resp. 15) und hat zur Folge gehabt, dass man nicht nur die Eheverbote wegen Sponsalaffinität einzuschränken suchte, sondern auch andere Consequenzen zog. So schliesst Demetrius Comathenus [1]) daraus, dass aus einer copula illicita keine Affinität entstehe, da eine solche auch nicht aus ungiltiger Ehe (ungiltig benedicirtem Verlöbnisse), die nach c. 26 Basilii fornicatio sei, abgeleitet werde.

Die zuletzt angeführten Entscheidungen zeigen deutlich das Gepräge einer Annäherung an die civilrechtliche Doctrin. Dies ist auch die Signatur der darauf folgenden, wenig bedeutsamen Periode. Dieselbe hat sich mit der Lehre der Sponsalaffinität nicht mehr näher beschäftigt und charakterisirt sich dadurch, dass allmählig die Reform des Alexius I. Comn. auch hinsichtlich der Einschränkung der Sponsalaffinität auf die benedicirten Verlöbnisse und auf die Verbote des justinianischen Rechtes (in den Basiliken) allgemein zum Durchbruche gelangt. In der schon erwähnten Entscheidung [2]) des Johannes, Bischofs von

---

[1]) ao. 1203, M. P. G. 119, 1127, Σ. V, 439. Vgl. oben S. 248 A.. 253 A. 1.

[2]) oben S. 235 A., 242 A. 1, 286 A. 1. M. P. G. 119, 983, Σ. V. 419, Zhishman, S. 153, 185. Der Passus der auch sonst beachtenswerthen Ἀπόκρισις bezüglich der Sponsalaffinität lautet: Ἐμνηστεύσατό τις κόρην οὐ μετὰ τῶν συνήθων ἱερῶν εὐχῶν, ἀλλὰ διὰ συναινέσεως καὶ συμβολαίων γραφῆς. Ἔξεστι αὐτῷ συζευχθῆναι τὴ αὐταδέλφῃ τῆς τοιαύτης κόρης ὡς τεθνηκυίας ἢ οὔ; Ἀπόκρισις· Δύο εὐσεβῶν βασιλέων νεαραὶ νομοθεσίαι, ἡ μὲν προγενεστέρα ἡ τοῦ σοφοῦ δηλαδὴ Λέοντος, ἡ δὲ μεταγενεστέρα, ἡ τοῦ κομνηνοῦ Ἀλεξίου, τὰ περὶ τῶν μνηστειῶν καὶ τῶν γάμων σοφῶς τε καὶ φιλοθέως πρὸς εὐκοσμίαν τοῦ Χριστιανικοῦ πολιτεύματος διετράνωσαν, ἀναπληρώσασαι καὶ τὸ τῶν παλαιῶν νόμων τῶν περὶ τούτων κειμένων ὑστέρημα. Οὐδὲ γὰρ ἐπῆλθετήσει καὶ ἀργίᾳ ἐκείνων καθολικῇ τὰς ἑαυτῶν διατάξεις ἐξήνεγκαν. Ἐκεῖνοι μὲν οὖν καὶ ἐν ἑπταετεῖ ἡλικίᾳ καὶ συναινέσει μόνῃ καὶ γραφῇ συμβολαίων τὸ κόρος ἐχαρίζοντο ταῖς μνηστείαις, καὶ πλέον οὐδὲν τούτων περιειργάζοντο· αἱ ἀναγεγραμμέναι δὲ νεαραὶ τὸν χρόνον

Citrum (ca. 1195) auf eine Anfrage des Bischofs Constantin Cabasilas bezüglich des Civilverlöbnisses tritt dies bereits deutlich zu Tage. Bezeichnend ist dort der Passus, dass die kirchliche Lehre nicht über die vom Gesetze festgesetzten Altersgrenzen hinausgehen wolle. Als Abschluss lässt sich das zu grosser Verbreitung gelangte Syntagma des Matth. Blastares (ao. 1335) erwähnen, dass in III, 15 die meisten der hier berührten Entscheidungen citirt oder excerpirt, im Allgemeinen jedoch auf die Novellen Kaisers Alexius und theilweise auch auf die Doctrin Balsamons zurückgeht [1]). Neben der kirchlichen Lehre ist hier stets ein Auszug aus den civilrechtlichen Codificationen (Prochiron und Basiliken) beigefügt; auch im Haupttexte ist der Einfluss des Civilrechts unverkennbar. Die civilrechtlichen Privatcompendien jener Zeit wie z. B. die Synopsis

---

τῆς ἡλικίας πλέον ἐκτείνασαι ὁροθέτησαν· θεσπίσασαι τὸν μὲν ἄῤῥενα τὸν τεσσαρεσκαιδέκατον ἐνιαυτὸν, τὴν δὲ θήλειαν τὸν τρισκαιδέκατον συμπληροῦν. Τὸν δὲ τὴν μνηστείαν δὲ οὐχ ἑτέρῳ τινὶ τρόπῳ, ἀλλ' ἱεροτελεστίᾳ βεβαιοῦσθαι διετάξαντο. Ὡς τὸ ἄλυτον ἐντεῦθεν, κατὰ τὸ τοῦ γάμου προνόμιον, καὶ ταύτην αὐχεῖν· καὶ τὴν μὴ οὕτω προβᾶσαν μνηστείαν ἀνυπόστατον καὶ ὡς μηδὲ γεγονυῖαν λογίζεσθαι. Οὐ μὴν ἀλλ' οὐδὲ τὴν περὶ τῆς δηλωθείσης ἑπταετίας παλαιὰν νομοθεσίαν ἀργῆσαι καθόλου, τὸ ἐνεργὸν δὲ καὶ ταυτην ἔχειν ἐκ μέρους ἐθέσπισαν· οὐχ ὥστε καὶ ἀπαρτίζειν τελείαν μνηστείαν, ἀλλὰ μόνον κρατύνας τὰς περὶ μνηστείας λογοποιίας ὡς ἀνθρώπων ἁπλῶς ἀρεσκείας κατησφαλισμένας ἐπερωτήσει· καὶ πρός γε κωλύειν εἰσέρχεσθαι ἐπὶ τὴν ἀποζυγεῖσαν μνηστὴν τὰ ὡρισμένα καὶ ἐκπεφωνημένα συγγενικὰ πρόσωπα· εἴτε ἐπὶ τοῦ ἑβδόμου εἴτε ἐπὶ τοῦ τρισκαιδεκάτου ἐνιαυτοῦ ὁ τῆς μνηστείας συνέστη λόγος καὶ ἡ ταύτης διαζυγή. Τοίνυν καὶ οἱ μνηστῆρες, περὶ ὧν ἠρώτησας, ὁ μὲν πρῶτος, εἰ μὲν ἑπταετὴς ἦν ἡ κόρη ἢ ἐπέκεινα, ὁπότε κατὰ συναίνεσιν μόνον, ἡ μέσον τούτων προέβη μνηστεία, κωλυθήσεται τὴν αὐταδέλφην ταύτης κατὰ τὸν νόμον εἰς γυναῖκα λαβεῖν, θανούσης δηλονότι ἐκείνης· Εἰ δὲ ἐλάττων ἐτύγχανε τῶν ἑπτὰ (ἐν τοιαύτῃ γὰρ ἡλικίᾳ οὐδὲ διὰ μόνης συναινέσεως μνηστεία ὅλως συνισταμένη ἐπιγινώσκεται) ἀμέμπτως καὶ ἀκατηγορήτως αὐτῇ συζευχθήσεται. Τοὺς χρονικοὺς γὰρ ὅρους τῶν νόμων οὔτε καινίζειν οὔτε ὑπερβαίνειν δυνάμεθα. Folgt der oben S. 224 A. citirte Passus.

[1]) M. P. G. 119, 1283, 1286, Σ. VI, 181 squ. Die wichtigen Sätze sind bei Zhishman S. 350 A. 4 abgedruckt.

minor [1]), Prochiron auctum [2]) u. a. bringen auch die eherechtlichen Novellen des Kaisers Leo phil. und Alexius I. Comn. als Scholien zum Texte oder nehmen Stellen aus dem Commentar Balsamons, sowie frühere kirchliche Entscheidungen in denselben auf, ohne dazu eine Interpretation zu liefern. Wo solche im 14. und 15. Jahrh. noch zu finden ist, bewegt sie sich nur in dem Geleise der bezeichneten Gesetze und Commentatorenwerke, die Blüthezeit der civilistischen und kirchlichen Jurisprudenz des byzantinischen Reiches war längst vorüber.

66. Prüfen wir nun das Resultat der untersuchten Rechtsentwicklung auf seinen innern Kern, so ergibt sich, dass der kluge Mittelweg, den Kaiser Alexius I. Comn. in seinen Novellen zur Behebung des Widerspruchs zwischen civilrechtlicher und kanonischer Doctrin eingeschlagen hatte, ein ausserordentlich erfolgreicher war. Jedenfalls ist die ironische Bemerkung Zhishman's S. 145 nicht am Platze. Die alexianische Reform hat einerseits dem durch den kirchlichen Einfluss fast ausser Anwendung gesetzten alten Verlöbnisrechte zu neuer Geltung verholfen, zugleich aber die kirchliche Lehre scheinbar vollständig in das Civilrecht aufgenommen. Ich sage: scheinbar, denn der Unterschied zwischen benedicirten Sponsalien und wirklicher Ehe bestand nur mehr formell, dem Namen, aber nicht der Wirkung nach. Vor der Benediction der Sponsalien galt das alte Verlöbnisrecht; die civilrechtlich nicht allgemein acceptirbare kanonische Gleichstellung von Ehe und Verlöbnis war nun für ein nicht benedicirtes Eheversprechen bis auf die schon in den Basiliken enthaltenen einschlägigen Normen beseitigt. Nach der Benediction hiess das Verhältnis zwar noch Verlöbnis bis zum Stattfinden der traductio und coronatio, war aber der Wirkung nach geschlossene Ehe, unlösbar und Affinität begründend. Dieser formelle Unterschied musste praktisch um so eher seine Bedeutung verlieren, als die Sitte,

---

[1]) Anfang des 13. Jahrhunderts: Zhishman S. 65, Zachariae, gr. r. Rg. S. 40, J. G. R. II, 52 sch. e.

[2]) Anfang des 14. Jahrh. Vgl. bes. I, 28, 30, Zach. J. G. R. VI, 12 squ., auch Zach. Proch. p. CLXXVIII etc.

beide Einsegnungen aus begreiflichen Gründen zeitlich möglichst an einander zu rücken, trotz des Verbotes Kaisers Alexius I. immer mehr Geltung gewann. Damit war aber auch — und diese Consequenz haben wir zum Schlusse noch hervorzuheben — die auf benedicirtem Verlöbnisse beruhende Sponsalaffinität zu wirklicher Affinität (aus nicht consummirter Ehe) geworden. M. a. W., es trat der Charakter der Fiction im Verbotsthatbestande mehr in den Hintergrund. Allerdings scheint aus einzelnen Entscheidungen hervorzugehen, dass auch in dieser Frage keine Einigung in der Jurisprudenz herrschte, sondern die Civilisten für vollständige Gleichstellung der Affinitätswirkung des benedicirten Verlöbnisses mit jener der Ehe eintraten, während die kirchliche Lehre, um die Unterscheidung von benedicirten Sponsalien und geschlossener Ehe formell aufrecht zu erhalten, auch in dem Affinitätseffecte der eingesegneten Verlöbnisse nur eine allerdings weitgehende Rechtsanalogie oder eine rechtliche Fiction sah. Die aus einfachen Sponsalien abgeleiteten Eheverbote beschränkten sich nun nur mehr auf die in den Basiliken anerkannten Verbote und wurden — jedenfalls seitens der Civilisten — als Ausfluss einer aus dem ius vetus übernommenen Rechtsfiction beurtheilt. Die von Zhishman S. 364 auf Grund des erwähnten Synodaldecrets des Patr. Theodosius (oben S. 292) ausgesprochene Behauptung, dass die Kirche auch dem einfachen Verlöbnisse allgemeine Quasiaffinitätswirkung zugeschrieben hätte, hat nur in der oben S. 290 besprochenen Synodalentscheidung eine allerdings sichere Stütze. Aus anderen Quellen lässt sie sich jedoch nicht erweisen, am wenigsten aber aus dem cit. Decrete. Im Gegentheil schränken, wie schon bemerkt, die meisten späteren kirchlichen Quellen die Affinitätswirkung der einfachen sponsalia auf die civilrechtlich normirten Fälle ein. Die Praxis hat hier schwerlich eine extensive Interpretation eintreten lassen.

Der Unterschied des justin. Rechts zwischen einfachem und formellem Verlöbnisse, wie ihn die Praxis des fünften und sechsten Jahrhunderts noch weiter ausgebildet hat, ist mit dem Hervortreten der Benediction im Brautstande verschwunden. Es ist zwar möglich, dass die Hypothese Zhishman's S. 398, es wäre die Wirkung

formeller (stipulirter) Sponsalien jener der benedicirten Verlöbnisse gleichgestellt worden, sich als richtig erweist. Belege habe ich dafür keine gefunden. Wahrscheinlich wurden bei Einführung der Euchologie des Verlöbnisses auch die alten Bestärkungsformen der arrha und des osculum beibehalten und als nicht mehr wesentliche Ceremonien mit der Weihe verbunden, wie dies aus der ersten Reformnovelle Kaisers Alexius I. Comn. hervorgeht (oben S. 135 A., 189 A. 1).

Diese Gestaltung der Lehre von der Sponsalaffinität, welche, ausgehend von der kirchlichen Verlöbnisdoctrin, das ganze byzantinische Sponsalienrecht — abgesehen von der Einführung der Verlöbnisbenediction — in die Geleise des alten justinianischen Rechts (der Basiliken) zurückgeleitet hat, ist bis in die heutige Zeit auf griechischem Boden in Staat und Kirche in Geltung geblieben, ohne irgend welche wesentliche Aenderung zu erfahren.

B. Nachjustinianisches Recht im Abendlande.

67. Die intensive Betonung, welche die römisch-rechtlichen Verbote wegen Quasiaffinität auf griechischem Boden unter dem Einflusse der im 98. trull. Kanon theilweise formulirten Lehre über die Gleichstellung von Brautstand und Ehe in der zweiten Hälfte des elften Jahrhunderts durch die Decrete des Patriarchen Johannes VIII. Xiphilinus und die Novellen Kaisers Nicephor Botaniates und Alexius I. Comnenus erfahren haben, lässt sich für das Gebiet der lateinischen Kirche, insoferne es sich um die Fortbildung dieser Doctrin im römischen Civilrechte handelt, nicht constatiren [1]). Im Gegentheil, es schlägt die Rechtsentwicklung hier den umgekehrten Weg ein, wenigstens bis in das zehnte Jahrhundert und soweit wir nur die Herrschaft der justinianischen Rechtsbücher und die unmittelbar vor diesen publicirten oder auf denselben beruhenden Codificationen und Rechtssammlungen ins Auge fassen oder die Rechtsquellen deutschen oder kirchlichen Ursprungs auf ihren römisch-rechtlichen Inhalt prüfen. Die für unsere Lehre wichtigen Digesten-

[1]) Vgl. die Bemerkungen oben S. 100.

stellen verlieren in dieser Periode allmählig als unwichtige Detailnormen jegliche praktische Bedeutung, wozu namentlich der Umstand beitrug, dass die Pandecten überhaupt für lange Zeit dem Rechtsleben des Abendlandes verloren gegangen sind [1]). Institutionen und Codex bildeten durchwegs die Basis der weiteren Entwicklung und Anwendung des Civilrechts, daher auch nur auf das vereinzelte in den Institutionen (I, 10 § 9 [2]) enthaltene Verbot alle jene unsicheren Spuren zurückgehen, die wir in den civilrechtlichen und kirchlichen Quellen dieses Gebietes bis zur Renaissance der Pandecten über die Fortgeltung des auf die ratio honestatis gegründeten römisch-rechtlichen Eheverbotes zwischen einem Brauttheile und den Cognaten gerader Linie des anderen vorfinden.

Ueber diese Beibehaltung des genannten Eheverbots lässt sich — zunächst für die Quellen civilrechtlichen Ursprungs und Charakters — nur folgendes Wenige constatiren.

In den verschiedenen Codificationen des sechsten Jahrhunderts, welche, auf romanischem Boden entstanden, grösstentheils auf römischem Rechte beruhen, wie im Edictum Theodorici (500), Breviarium Alaricianum (506), in der lex Romana Visigothorum, ferner in den Rechtsbüchern burgundischen Ursprungs [3]) findet sich keine Spur einer Aufnahme dieses Ehehindernisses. Die Rechtsbücher germanischen Bodens (siebtes Jahrh.) zeigen ohnehin sehr geringe Anklänge an römische Rechtssätze. Die wenigen Normen über Affinitätsverbote sind meist dem

---

[1]) Vgl. besonders Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechtes im früheren Mittelalter, Leipzig 1891, I, 73, 347.

[2]) Vgl. oben S. 64 fg., 114 fg. Bezüglich der Geltung der Institutionen Justinians in Italien vor dem elften Jahrhunderte vgl. Conrat, l. c. S. 57, speciell über den Titel de nuptiis die Bemerkungen ebendort S. 17, 25, 26 und das weiter unten S. 303, 305 Gesagte. Ueber die Antheilnahme Süditaliens an der oströmischen Rechtsentwicklung l. c. S. 49 fg.

[3]) Vgl. c. 12, 30, 44, besonders c. 52 der lex Burgundionum und der Papiani responsa (lex Romana Burgundionum); Savigny, Geschichte des röm. R. i. MA. 2. Aufl. Heidelberg 1834, II, 5 fg., 37 fg. 77, 172. Conrat l. c. I, 28, fg., 31 fg., 393.

Breviar entnommen, entweder direct oder aus dessen Interpretation [1]). Von Sponsalaffinität im Sinne des römisch-rechtlichen Verbots ist nirgends auch nur eine Andeutung zu entdecken. Dies gilt auch von den fränkischen Capitularien des achten und neunten Jahrhunderts, obwohl diese sehr viel römisches Recht recipirt haben [2]).

Dass man überhaupt von Seite der kirchlich beeinflussten civilistischen Jurisprudenz die Consummation der Ehe als Voraussetzung des Thatbestandes der Schwägerschaft ansah und diese daher nicht aus unconsummirter Ehe oder blossem Verlöbnisse ableiten konnte, ergibt sich aus c. 119 (de prohibitis nuptiis) des Tübinger Rechtsbuches [3]), welches sich in l. 1 c. 29 der Petri exceptiones legum Romanorum wiederfindet [4]). Dieselbe Norm enthält auch jenes auf die ratio honestatis gegründete Eheverbot der lex Julia et Papia, welches Modestin's oft erwähnte regula iuris hervorgerufen hat. Dasselbe ist jedoch hier in ganz allgemeiner und gekürzter Fassung wiedergegeben als Standesverbot der Ehe mit meretrices etc. [5]). Dies hat für unsere Frage insoferne Bedeutung, als dadurch bezeugt wird, dass man die entsprechen-

---

[1]) Z. B. Lex Salica 13, 11, l. Alamannorum 39, 1 = l. Baiuvar. 7, 1, hierüber Conrat l. c. I, 2 n. 8, 9, S. 4 n. 1, Savigny l. c. II, 85, 95 fg. und meine Ausführungen über germanisch-rechtliche Eheverbote wegen Affinität im zweiten Bande.

[2]) Savigny l. c. II, 104.

[3]) Genauere Untersuchungen über diese Schrift, die den Ausgangspunkt einer ganzen Gruppe von Elaboraten der civilistischen Jurisprudenz des elften Jahrhunderts bildet, siehe bei Conrat l. c. 420 fg., Savigny l. c. II, 321 fg.

[4]) Savigny l. c. II, 238, 297, 321 fg. 335; III, 162; ferner die Aufsätze i. d. Zeitschrift für gesch. Rwschft. III, 418, VI, 137, VII, 38 (Fitting). Dagegen Conrat, l. c. I, 420, 471, v. Ficker, über die Entstehungsverhältnisse der Exc. l. R., in Mittheilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, II. Ergänzungsband 1886, S. 17, 18. Der einschlägige Passus der cit. Norm lautet: Similiter prohibitae sunt nuptiae omnino inter me et cognatas illius, cum qua iam coitum habui.

[5]) Vgl. oben S. 53, 56, 80 und Conrat l. c. S. 447 Die Stelle lautet: Iterum prohibitae sunt (nuptiae) inter nobiles et honestos viros et meretrices publicas et earum filias, et inter libertum et patronam etc.

den Digestenstellen (l. 16, 44 § 1 D. 23, 2) zu einem allgemeinen selbständigen Eheverbot umzuformen suchte. Der technische Begriff der ratio honestatis als Grundlage von Eheverboten gewann dadurch eine nicht unwesentliche Stütze. — Die angeführten zwei Quellen enthalten auch interessante Capitel über die Gleichstellung von Sponsalien und Ehe [1]) und den Unterschied von beschworenem eheversprechenden und eheschliessendem Willen: die erste Andeutung der späteren Distinction in consensus de futuro und c. de praesenti [2]). Ueber den Zusammenhang dieser zwei Capitel mit der zeitgenössischen canonischen Literatur fränkischen Ursprungs, der ja auch für diese Quellen fast sicher angenommen werden kann, wird im zweiten Buche gesprochen werden. Mit Recht missbilligt Conrat l. c. S. 370, 459 die andererseits ausgesprochene Vermutung, dass diese Rechtsbücher wegen der darin enthaltenen Aufzählung der Ehehindernisse (c. 119 bezw. l. 1 c. 29 oben) einer älteren canonischen Richtung entstammen, welche dem römischen Rechte näher stehe als die Decretisten. Der Standpunkt

---

[1]) C. 44 (de uxore defuncti) des Tübinger Rechtsbuchs = l. 1 c. 42 a der Exceptiones, Savigny l. c. I, 343: Cuius proprinqui defuncti uxorem ducere non licet, nec eius sponsa esse permittitur, cf. l. 60 § 5 D. 23, 2 und oben S. 51, 53, 56 über ähnliche Sentenzen bei Ulpian, Modestin und Paulus.

[2]) C. 120 des Tübing. RB. = l. 4 c. 44 der Exceptiones (de iurejurando quomodo uxori fieri debet, Savigny l. c. II, 429): si quis ita jurat alicui mulieri: ducam te uxorem, nondum est uxor. Sed si jurat ita: habebo te uxorem, uxor deinceps est, nec aliam ea vivente ducere potest, nisi juste matrimonium separetur (Julian epit. LXVII, 4). Die Stelle ist nicht klar. Es wird das eidliche Versprechen künftiger Heimführung (Eheschliessung) von dem Versprechen der wirklichen Lebensgemeinschaft und der Anerkennung als Ehefrau unterschieden. Man konnte somit mit einiger Berechtigung nur folgern, dass dies Kapitel weniger den Unterschied zwischen Eheversprechen und Eheschliessung feststellen als vielmehr entsprechend der massgebenden Novelle 74 Justinians die Begründung rechtsvollgiltiger Ehe im Auge hatte und die Voraussetzung aussprechen wollte, unter der ein eidliches Eheversprechen als Grundlage der affectio maritalis anzusehen sei, vgl. oben S. 142 A. 1 und Conrat. l. c. I, S. 29 A. 10, S. 39, Savigny, III, 665, 671.

der Quelle ist eben der eines Legisten und weicht, namentlich mit Rücksicht auf den deutlich bemerkbaren Einfluss des kirchlichen Doctrin nicht wesentlich von jenem ab, den die älteren Legisten, sowie auch Rogerius, Placentin und Azo in ihren Summen zum Codex einnehmen.

Von diesen Civilisten ist es gerade der erstgenannte, welcher in Tit. V, 1 de sponsalibus seiner Summa codicis der ratio honestatis als der Grundlage des Verbots der Ehe mit der sponsa filii (und mit der noverca des Vaters) erwähnt. Unzweifelhaft geht diese Lehre auf die Institutionenparaphrase Theophils zurück, mit der auch der Wortlaut des Textes bei Rogerius theilweise übereinstimmt [1]). Sein Lehrer Bulgarus liefert in seinem Commentar ad Digest. tit. de diversis regulis iuris ant. [2]), der „ältesten zusammenhängenden Schrift aus der Glossatorenschule, die sich bis auf unsere Zeiten erhalten hat", eine bemerkenswerthe Interpretation der ofterwähnten regulae iuris des Modestin und Paulus (l. 14 § 2 u. l. 42 D. 23, 2 = l. 193 D. 50, 17). Dieselbe bezeugt, welchen weitgehenden Gebrauch die Schule bereits von der ratio honestatis machte [3]). Während aber in allen

---

[1]) Mitte des zwölften Jahrhunderts, vgl. Savigny l. c. IV, 195, 214, Conrat l. c. S. 614, ed. Palmer, Bibl. jur. med. aev. I. p. 93: prohibentur nuptiae — ratione sanguinis — quoque aetatis — affinitatis quoque ratione, est autem affinitas congnatio facticia per personas matrimoniales constringens. — Ratione quoque honestatis ut inter te et sponsam filii tui et inter novercam tuam et filium tuum: ait enim Julianus rectius eos facturos qui talibus nuptiis se abstinuerint ut Inst. eod. (I. 10, 9) et Dig. (23, 2) l. si qua, vgl. oben S. 12 Anm. 2, S. 115 fg. u. A. 3 ebd.

[2]) Savigny l, c. II, 75 fg., 102 fg.

[3]) Ed. Beckhaus p. 123: Nr. 197, Modestin libr. sing. de rit. nupt. Semper in conjunctionibus magis considerandum est quid liceat simul et quid honestum sit id est deceat. Ut in senatori forte contingit cui etiam si forte liceat habere libertinam conjugem iure naturae, non tamen decet nec honestum est, ex suae personae condicione. Aliquid enim licet, quod non decet: licet contrahentibus in contractibus bonae fidei naturaliter se se decipere, sed non decet. Placentinus macht hiezu die Bemerkung: Non tamen honestum tanto viro cum liberta contrahere: quod praevalet.

Werken der Glossatoren [1]), ebenso noch bei Rogerius ein nur unbedeutender Einfluss der kirchlichen Doctrin zu constatiren ist und die civilistische Jurisprudenz dieser Zeit sich noch ganz von der Entwicklung des kirchlichen Rechtes, von dem Bildungsprocesse und den Neuerungsversuchen desselben abschloss, suchten die späteren Legisten, namentlich Placentin und Azo mit dem jungen kanonischen Rechte, das nicht mehr zu ignoriren war, Fühlung zu behalten. Es ist für unsere Untersuchung von Werth, schon in diesem Zusammenhange zu constatiren, dass, wie auch Conrat l. c. S. 370, 459 andeutet, der letztgenannte Rechtslehrer [2]) neben den Sätzen des röm. Rechts auch die Ehehindernisse der Blutsverwandtschaft, geistlichen Verwandtschaft, Schwägerschaft und auch der Quasiaffinität (ratione honestatis, wie oben Rogerius) nach Massgabe der zeitgenössischen kirchlichen Lehre, theilweise ohne Quellenangabe berücksichtigt.

Von einem Einflusse der im byzantinischen Reiche vor sich gegangenen Rechtsentwicklung in der Lehre der Quasiaffinität bezw. hinsichtlich der Zutheilung von Affinitätswirkungen an das Verlöbnis ist in den uns erhaltenen civilrechtlichen Quellen keine Spur zu finden [3]). Dies gilt auch von der als Turiner Institutionenglosse bekannten älteren Arbeit, in welcher übrigens, was unsere Frage betrifft, ebenso wie in den verschiedenen ähnlichen Excerpten (z. B. auch lex Romana canonice compta [1])

Vgl. oben S. 79, 95. Bulgarus l. c. p. 141 (Nr. 186 od. 144): Paulus lib. 62 ad edict. Non enim licet et expedit, ut apostolus ait. Ecce enim licet clerico advocare, sed non decet, item cantoribus et lectoribus licet matrimonium contrahere, sed non est honestum.

[1]) Ueber Bedeutung der Glossatoren und ihrer wissenschaftlichen Basis vgl. Landsberg, Glosse des Accursius S. 37, 42. Ueber die vier Doctoren: Savigny l. c. IV, 28—35, V, 37—42.

[2]) Ueber Placentin, Ende des 12. Jahrhunderts, Azo, Anfang des 13. Jahrhunderts, siehe Savigny, l. c. IV, 216, 244 fg., III, 341, V, 1, Fitting, jur. Schriften S. 24, 217.

[3]) Vgl. auch Conrat l. c. S. 46, 49 fg., 108.

oder Glossen späteren Datums, welche zu den Institutionen Justinians gemacht wurden, durchwegs der Titel I, 10 de nuptiis gar nicht aufgenommen oder nur spärlich berücksichtigt erscheint; wenigstens ist uns keine Interpretation zu diesem Titel erhalten, die abendländischen Ursprungs ist [2]). Das kirchliche Eherecht hatte in der Praxis schon zu sehr Wurzeln geschlagen. Im Allgemeinen aber lässt sich für unsere Untersuchung betreff der besprochenen Quellen civilrechtlichen Charakters die Behauptung aufstellen, dass sie meist nur das in den Institutionen enthaltene Verbot der Ehe mit der Braut des Vaters oder Sohnes erwähnen, theilweise mit der Begründung ratione honestatis. Die Heranziehung der in den Digesten enthaltenen Sätze des Paulus und Ulpian über Verbote wegen Sponsalaffinität ist aber erst durch die Legisten des endenden 12. Jahrhunderts erfolgt.

68. Das letztere gilt auch von den Rechtsquellen kirchlichen Ursprungs und der an dieselben sich anschliessenden Literatur, insoferne diese, namentlich die Sammlungen vor Gratians Decret, römisch-rechtliche Normen aufgenommen haben. Auch in dieser Richtung bildet der Institutionentitel I, 10 durchwegs die einzige Quelle, die mehr oder weniger verändert unter die Kanones eingeschaltet oder sonst citirt wird, um für die canonische Lehre über das allgemeine Eheverbot gegenüber den Blutsverwandten des Ehegatten, der Braut oder des Bräutigams einen civilrechtlichen Beleg anzuführen. So nimmt Papst Nicolaus I. (866) Bezug auf die Affinitätsverbote des römischen Rechts, doch scheint dies Decret [3]), wie auch Conrat l. c. S. 17 n. 6, 7 richtig bemerkt, eher das lombardische Gesetzbuch im Auge gehabt zu haben. Ebenso wenig sicheren Schluss gestattet m. E.

[1]) Maassen in Sitzungsber. der Akad. der Wissenschaften 35. Bd. (1860) S. 73.

[2]) Vgl. Conrat l. c. S. 57, 108, 114, 161 fg. 167 n. 5., 279, 320 fg. 333, 340, Institutionenglosse ed. Krüger Zsch. f. Rg. VII, 42, 52, Savigny, l. c. II, 199, 251, 429 fg., VII, 56. Auch Archivio guirid. XXXIV 108, Fitting in Zeitschrift für Rg. VI, 275. Der Brachylogus (Savigny, II, 238, Conrat l. c. 553) und das Florentiner Rechtsbuch (Ende 11. und 12. Jahrh.) beschäftigen sich nicht mit eherechtlichen Fragen.

[3]) Mansi XV, 401, Jaffé 2872, cf. c. 3 C. 30 qu. 5.

eine zweifelhafte Entscheidung des Papstes Benedict VI. (972/74), welche sich gerade auf die Lehre der Sponsalaffinität bezieht. Dieselbe, c. 18 C. 27 qu. 2 (Palea), mag wohl die Institutionenstelle I, 10 § 9 meinen, wenn sie mit Berufung auf die mundanae leges die Heirat mit der Schwester der simpliciter verbis desponsata erlaubt [1]). Der civilrechtliche Standpunkt wird hier zugleich indirect zur Unterstützung der canonischen Lehre herangezogen, dass die Entstehung der Affinität durch die Consumation der Ehe bedingt sei, vor dem Ehevollzug also kein Eheverbot wegen Schwägerschaft bestehen könne. Gerade diese Motivirung aber lässt es zweifelhaft erscheinen, ob Benedict VI. wirklich über das Eheverbot wegen Sponsalaffinität sich aussprechen wollte und macht es wahrscheinlich, dass die Decretale nur die Entstehung eines Eheverbotes wegen wirklicher Affinität im betreffenden Falle wegen mangelnder Consumirung bestreiten will. Deswegen wird wohl die Qualität der Sponsalien als einfachen Eheversprechens durch den Ausdruck simpliciter verbis desponsata besonders betont: ob gegenüber der Desponsationsform der subarrhatio et benedictio als kirchlichen Eheschliessungsactes (desponsatio solemnis?) oder gegenüber der fehlenden copula carnalis, diese Betonung erfolgte, lässt sich nicht mit Sicherheit entscheiden. Auch darf man aus dem unklaren Schlusssatze der Decretale nicht schliessen (wie Conrat l. c.), dass die römisch-rechtlichen Eheverbote wegen ratio honestatis oder Quasiaffinität der Kirche unbekannt gewesen wären, denn auch dass Civilrecht kannte kein formell ausgesprochenes Verbot der Ehe mit der Schwester der Ver-

---

[1]) Jaffè 3773 circa anno 1000; cf. Ivo decr. VIII, 23. Jaffè 5382, 5868, Mansi XX, 1058. Es ist dies eine sehr corrupte Decretale, von der noch im zweiten Bande ausführlicher die Rede sein wird. Hier handelt es sich nur um deren römisch-rechtlichen Inhalt. Der cit. Passus bezüglich der weltlichen Gesetze lautet: Sed neque mundanae leges connumeratis personis, quae inter se nuptias („non" wohl unrichtig) contrahunt (andere Leseart: quibus inter se nuptias contrahere non licet) de cuiusmodi aliquid dicunt. Ne ergo abnegetis quod negandum nulla ratione docetis. Vgl. Conrat. l. c. S. 25. Bei Savigny l. c. II, 275 fg. sind die Decrete Nicolaus I. und Benedict VI. nicht berücksichtigt.

lobten [1]), daher auch von seinem Standpunkte das „negandum nulla ratione“ richtig ist. Erst seit dem zehnten Jahrhunderte erscheint der Institutionentitel I, 10 ganz oder theilweise in die Kanonenssammlungen aufgenommen, wie überhaupt der römisch-rechtliche Inhalt der kirchlichen Rechtscollectionen von dieser Zeit an wächst. Speciell die Sentenz Julians über das Verbot der Ehe mit der sponsa patris und sponsa filii (Inst. I, 10 § 9) findet sich wieder in der Collectio canonum Anselmo dedicata VII, 18 und in der Collectio can. Anselmi Lucc. des zehnten und elften Jahrhunderts. Quelle für die Citate der späteren Sammlungen des Ivo von Chartres, welche die Institutionenstelle in Decretum (1098) l. IX. c. 1 und Panormia (1116) l. VII f. 149 anführen, scheint eine britische Decretalensammlung italischen Ursprungs gewesen zu sein, welche einen bemerkenswerthen Auszug aus den Institutionen und Pandecten, darunter viele Sätze eherechtlichen Inhalts, enthält. Auch die Citate der Collectio tripartita des beginnenden 12. Jahrhunderts und der südfränkischen Coll. can. Caesaraugustana, die von Gratian viel benutzt wurde, dürften auf Ivo's Collectionen zurückzuführen sein, mit denen sie in Rubriken und Quellenangabe übereinstimmen. Ivo's Episteln enthalten trotz ihres reichen Inhalts an römisch rechtlichen Sätzen keinen Passus, der als eine Reception der Institutionen- oder Pandectenstellen über das in Rede stehende Eheverbot unzweifelhaft sich erweisen würde [2]). Ueber den Werth und die Consequenzen dieser Reception der unsere Untersuchung betreffenden römischrechtlichen Prohibitivnormen wegen Sponsalaffinität, einer Reception, welche sich auch für andere Materien in den genannten kirchlichen Sammlungen constatiren lässt, wird besser später im Zusammenhange mit der Rechtsentwicklung, welche die kanonische Lehre im Gebiete der

---

[1]) Vgl. oben S. 71, 86, 111, 123, 270.

[2]) Zum Texte die Untersuchungeu von Savigny l. c. II, 286 fg. 299, 301, 304, 311, 317 und die Tabellen auf S. 506, 510, in denen die betreffenden Pandectenstellen, weil nicht recipirt, fehlen; ferner Conrat l. c78, 346 n. 5, 365, 370, 378, 381 n. 2, 383, 385, 387, 389 fg., Ewald in St. Archiv V, 567 fg., Scherer, Kirchenrecht I, 241 fg.

lateinischen Kirche durchgemacht hat, die Rede sein. Desgleichen sei die nähere Erörterung der civilrechtlichen Lehre, welche durch die Belebung des Studiums römischen Rechtes an den neuentstandenen oberitalienischen Rechtsschulen [1]) auf Grundlage der Normen der justinianischen Codificationen sich gebildet hat, demselben Zeitpunkte vorbehalten, um den Connex zwischen der Doctrin der Legisten und Canonisten besser zur Geltung bringen zu können. Hier sei nur constatirt, dass die angeführten recipirten Sätze des römischen Rechtes nicht ohne Einfluss auf die kirchliche Lehre geblieben sind und sowohl zur Betonung der Eheähnlichkeit des Brautstandes und zur Ableitung von Verlöbniswirkungen im Sinne einer Analogie zur Affinität und mit dem Motiv der ratio honestatis wesentlich beigetragen haben, als auch die nöthige civilrechtliche Stütze für das fragliche Eheverbot bildeten. Was jedoch die in und nach der Zeit des gratianischen Decrets und der Ausbildung des canonischen Eherechts aufgeblühte civilistische Literatur anbelangt, so wird auch diese am besten mit der Darstellung der Entwicklung verflochten werden, welche das impedimentum publicae honestatis bis zu seiner Regelung durch das 3. lateranensische Concil (1215) in der kirchlichen Doctrin erfahren hat. Eine gewisse Aehnlichkeit mit der Rechtsbildung dieser Lehre in Reich und Kirche des Orients wird sich hiebei nicht verkennen lassen.

[1]) Savigny l. c. II, 81 Conrat l. c. 33, 333, vgl. oben S. 302 A. 1.

Addenda et corrigenda.

Seite	Zeile			
13	9	von	oben lies:	S. 130, dagegen S. 103.
13	18	„	unten lies:	S. 71, 110, 314.
15	1	„	oben lies:	„wohl auch“ statt „wohl früher auch“.
15	16	„	oben lies:	ältester.
20	5	„	unten lies:	derselbe sieht.
21	8	„	unten lies:	c. 42 statt c. 4.
21	11	„	unten ergänze:	l. 11 § 3, 4 D. 27, 6.
38	11	„	oben lies:	gener.
45	8	„	unten ergänze:	Mitteis, Reichs- u. Volksrecht, S. 299, 305.
49	13	„	unten lies:	furti statt rerum amotarum.
52	14	„	unten lies:	(l. 68 D. 23, 3) statt (fehlt in den Digesten).
52	3	„	unten ergänze:	l. 74 D. 23, 3, l. 11 § 3, 4 D. 27, 6, l. 17 § 1 D. 42, 5, l. 14 (13) § 8 D. 48, 5, l. 24 C. 5, 4.
53	4	„	unten ergänze:	vgl. l. 37 D. 48, 5 und unten S. 103.
75	19	„	unten lies:	Incestsbegriffen.
76	8	„	unten lies:	Just. statt Jnst.
76	10	„	unten lies:	in iure civili.
76	16	„	oben lies:	römischen Rechte.
87	12	„	oben lies:	aber auch die.
99	1	„	unten ergänze:	C. E. Zachariae in Richter und Schneider, krit. Jahrbücher f. deutsche RW. XVI, 818 fg.
103	11	„	oben lies:	l. 17 D. 23, 1 statt l. 18 D. 23. 2.
103	5	„	unten lies:	l. 7 C. 9, 9.
104	3	„	unten ergänze:	Nov. Just. 134 c. 12 u. w. u. S. 157 A. 1.
109	9	„	oben ergänze:	(l. 1 B. 28, 5).
111	14	„	unten lies:	54. statt 59.
111	9	„	unten ergänze:	vgl. zum Texte Freisen l. c. S. 441 fg.
124	16	„	oben lies:	S. 123 A. 1 statt S. 122 A. 3.
137	13	„	oben lies:	1084 statt 1074.
266	2	„	unten lies:	16 statt 6.
269	18	„	unten ergänze:	Σ. V, 54), Eustratius Garidas (M. P. G. 119, 859, Σ. V, 57).
269	1	„	unten ergänze:	Zachariae, gr. r. Rg. 67.

Rechtsgeschichtlicher Verlag

der

Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung

in **Innsbruck.**

Die

Desponsatio impuberum.

Ein Beitrag

zur

Entwicklungsgeschichte des canonischen Eheschliessungsrechtes.

Von

Dr. Walther v. Hörmann.

1891. XIV u. 269 S. 8.

M. 6.—

Gross, Dr. K. Das Beweisverfahren im canonischen Process. 1880. iv u. 404 S. gr. 8. M. 10.40.

Nissl, Dr. Anton. Der Gerichtsstand des Clerus im fränkischen Reich. 1886. xv u. 247 S. 8. M. 3.80

Ordo judiciarius incerti auctoris, pars summæ legum et tractatus de præscriptione. Herausgegeben von Dr. K. Gross. 1870. 269 S. 8. M. 6.—

Summa magistri Rolandi, nachmals Papstes Alexander III. Nebst einem Anhange: Incerti auctoris questiones. Herausgegeben von Dr. Fr. Thanner. 1874. viii u. 303 S. 8. M. 8.—

Luxardo, Dr. G. Das päpstliche Vordecretalen-Gesandtschaftsrecht. Eine historisch-canonistische Untersuchung. 1878. 55 S. 8. (M. 1.60) ermässigt M. —.60.

Halban-Blumenstock, Dr. Alfred. Entstehung des deutschen Immobiliar-Eigenthums. I. Band: Grundlagen. 1894. 375 S. 8. M. 7.20

— — Der päpstliche Schutz im Mittelalter. 1890. 168 S. 8. M. 3.20

Inama-Sternegg, Dr. Karl Th. v. Untersuchungen äber das Hofsystem im Mittelalter mit besonderer Beziehung auf deutsches Alpenland. 1872. 129 S. 8. M. 3.44

Sartori-Montecroce, Dr. Tullius, R. v. Beiträge zur österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte: Ueber die Reception der fremden Rechte in Tirol und die Landesordnungen. 1895. v u. 91 S. 8. M. 2.—

DRUCK DER WAGNER'SCHEN UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCK

265.55Q
H671
1

Hörmann, W.V.
Quasiaffinität

114870

NOV 19 '48 New Book

265.55Q
H671
1

114870

S0-FIY-662